

KEILA DE OLIVEIRA VASCONCELOS

**A POSSIBILIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DA PRÁTICA
DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Dilnei Giseli Lorenzi

BRASÍLIA

2009

Aos meus pais e minhas irmãs Kenia e Kelen, que são exemplos de determinação, dedicação, apoio e confiança.

Agradeço, primeiramente, a Deus, por sempre estar comigo.

À minha família, participante da minha alegria em concluir este curso de graduação, e pelo incentivo fornecido nos momentos difíceis.

Ao meu orientador, Professor Dr. Dilnei Giseli Lorenzi, pela contribuição, atenção e dedicação prestadas.

Aos meus amigos, pela cumplicidade, companhia e alegria de sempre.

“Dentre todas as decisões tomadas por alguém, as que dizem respeito à vida e à morte são as mais importantes e cruciais para a formação e expressão da personalidade; achamos crucial que sejam tomadas com acerto, mas também consideramos crucial que nós mesmos a tomemos, que estejam em consonância com o nosso modo de ver as coisas. Mesmo as pessoas que querem impor suas convicções a todos por meio do direito criminal, quando ela e seus colegas, que pensam do mesmo modo, são politicamente poderosos, ficariam horrorizadas, talvez a ponto de deflagrar uma revolução, se ocorresse uma inversão de sua sorte política e se vissem diante da perda da liberdade que agora pretendem negar aos demais.”

Ronald Dworkin

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 - CONSIDERAÇÕES SOBRE A EUTANÁSIA.....	10
1.1 Etimologia da palavra eutanásia	10
1.2 Dignidade da pessoa humana.....	12
1.3 Considerações históricas da prática da eutanásia	16
1.4 Aspectos relevantes na sociedade	21
1.5 Tipos de eutanásia.....	24
1.6 Formas de eutanásia	29
1.7 Eutanásia passiva ou ortotanásia.....	32
2 - POSSIBILIDADE DE NORMATIZAÇÃO DA PRÁTICA DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL	37
2.1 A Resolução CFM nº 1.802/2006	38
2.2 A capacidade de escolha sob o ponto de vista dos juristas.....	44
2.3 As competências do Conselho Federal de Medicina e a Responsabilidade do médico	48
2.4 Uma comparação entre a Lei Estadual nº 10.241 de 1999 do Estado de São Paulo e a Resolução CFM nº 1805/2006.....	52
3- O PACIENTE TERMINAL E A LIBERDADE DE ESCOLHA PREVISTA NA CONSTITUÇÃO FEDEDRAL.....	57
3.1 Os Direitos Fundamentais e seus Limites Constitucionais	58
3.2 A regulamentação da ortotanásia sob o ponto de vista da bioética	62
3.3 Análise da ortotanásia no Brasil e em outros países	66
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	75

RESUMO

Trata-se de monografia que tem por objetivo examinar a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em proibir que seja praticada a ortotanásia nos hospitais pelos profissionais de saúde, sabendo que eles são as pessoas capazes de verificar se o prolongamento da vida, em cada caso específico, resultaria apenas em aumento da dor, não trazendo nenhum benefício para o paciente. Para tanto, após apresentados os conceitos principais e diferenças entre a prática da eutanásia e ortotanásia, tem-se a análise de normas que possibilitam à prática e crítica a decisão do Supremo Tribunal Federal que não está atentando para o anseio da sociedade, questão essa que é observada em outros países.

Palavras-chave: Bioética – Biodireito – Ortotanásia – Eutanásia – Direitos Humanos – Direito Internacional – Sociologia.

INTRODUÇÃO

O direito que uma pessoa possui de ter uma vida e uma morte digna é uma situação complicada de ser discutida, não apenas para os juristas, mas como para sociedade como um todo já que a questão envolve noções e percepções culturais de cada lugar em específico, atingindo diretamente o que cada pessoa é e como ela pensa.

A violação do direito à vida encontra-se normatizada, de forma mais específica e clara, quando é tratada sob o ponto de vista de ser praticada por terceiros, entretanto quando se trata de possibilidade de escolher a pessoa por si mesma, se quer ou não, o tema é considerado de forma geral. Um exemplo disso é o suicídio, que constitui um ato praticado pela pessoa contra sua própria vida, e que não constitui crime.

O objetivo deste trabalho não é o de estabelecer parâmetros que busquem evitar a morte arbitrária, mas esclarecer que assim como uma pessoa consciente sabe que possui direito a vida e a “vida com dignidade”, essa também chega a conclusão de que buscar a melhor forma de morrer, podendo ter essa opção, também é ter direito a um resto de “vida com dignidade”.

Nesse aspecto temos o profissional de medicina, que é o mais capaz para dizer se ainda existe possibilidade de melhora ou não, se existe tratamento ou se os métodos apenas prolongarão a vida de alguém sem que haja qualquer chance de melhora. Não cabe ao profissional deixar de atender uma pessoa que o procure, mas cabe a ele esclarecer ao paciente as consequências de cada tratamento que possa ser submetido, possibilitando a escolha por querer ou não o tratamento existente. Nota-se, portanto, que deixar de aplicar

tratamento em pacientes, por sua solicitação consciente, ou por determinação de seus responsáveis, é um ato de escolha que deve ser respeitado, a menos que a vida possa ser restabelecida.

A edição da Resolução nº 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina - CFM, não buscou dar poder ao médico de decidir se trata ou não do paciente, buscou apenas normatizar nos hospitais o que já se é praticado, dando ao paciente a possibilidade de escolha, sem que o profissional médico venha sofrer processo por ter respeitado uma vontade e tendo por base seus conhecimentos dos métodos, se há chance de melhora ou não.

Chega-se, assim, a definição do campo problemático referente ao tema objeto da presente monografia: a postura do Supremo Tribunal Federal frente à Resolução nº 1805/2006 - CFM.

O estudo proposto, parte da análise genérica do termo eutanásia, suas formas, seus tipos, contexto histórico e suas características principais. Compreender os princípios constitucionais da vida, o propósito da Resolução CFM nº 1805/2006 e do STF ao suspender a aplicação dela apresenta-se como importante objetivo deste trabalho e estabelecer um paradigma entre a Resolução e a Lei Estadual de São Paulo nº 10.241/1999 sob o aspecto de permissão ou não da prática da ortotanásia.

Para tanto, é indispensável que no primeiro capítulo deste trabalho haja a análise do termo eutanásia, sob a questão da dignidade da pessoa humana, seu contexto histórico, aspectos relevantes na sociedade, formas e será tratado de forma mais clara a ortotanásia, diferenciando-a da eutanásia e de todas as suas vertentes.

Prosseguindo para o segundo capítulo, será analisada a Resolução nº 1802/2006 – CFM e a conseqüente capacidade do Conselho Federal de Medicina de legislar sobre a matéria, bem como, será estabelecido o parâmetro entre a Resolução e a Lei Estadual de São Paulo nº 10.241/1999 e sua atual vigência e aplicação.

Seguindo para o terceiro capítulo será feita análise quanto a posição do Supremo Tribunal Federal diante de normas que tratam do mesmo assunto e a posição de outros países sobre o mesmo tema, levando em consideração o aspecto cultural de cada um deles e a possibilidade, com base na história da sociedade, de aplicação da ortotanásia no Brasil.

Cabe registrar que a metodologia escolhida para ser usada no desenvolvimento da presente monografia será a dogmática-instrumental, realizada por meio da pesquisa bibliográfica e documental, uma vez que envolve o exame de livros, artigos doutrinários, legislação e decisões judiciais relacionadas ao tema proposto.

1 - CONSIDERAÇÕES SOBRE A EUTANÁSIA

Considerando que o contrário da vida seja a morte, pode-se dizer que a única certeza que o homem possui é de que um dia irá morrer, no entanto o ser humano não nasce sabendo o que significa exatamente morrer. O que a morte significa para cada ser humano resulta das escolhas e conceitos adquiridos ou impostos ao longo da vida. Esses conceitos surgem com fatores, como: o momento histórico da sociedade em que a pessoa está inserida, cultura, religião, personalidade entre outros aspectos.

Apesar de não nascer sabendo o que significa morrer, o ser humano tem um interesse grande por essa questão, principalmente devido ao fato da sua inevitabilidade e os sentimentos que ela é capaz de provocar em cada um, além disso, o medo da morte acaba ficando mais evidente quando ela é tratada conjuntamente com o sofrimento. É nesse momento que surge o termo “eutanásia” e todas as suas formas, inclusive a “ortotanásia”.

1.1 – Etimologia da palavra eutanásia

Roxana Cardoso Borges entende a palavra “eutanásia” como sendo derivada do grego “*eutanus*” e significa “boa morte ou morte sem dor, tranqüila, sem sofrimento”. Hoje esse termo é usado para aquelas pessoas que se encontram portadoras de doenças incuráveis e sofrem dores insuportáveis cuja vida são tiradas tentando poupá-las do sofrimento¹.

O significado real da palavra “eutanásia” e toda a sua aplicação não pode ser visualizado apenas quanto ao sentido etimológico da palavra já que o mesmo não abrange a

¹ Apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito – Ciência da Vida e Novos Desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 284.

evolução da sociedade e as culturas nas quais ela esta inserida. Referidas evoluções sofridas pela sociedade acabam por configurar uma confusão em torno da prática da eutanásia já que muitos são os atos praticados pelo ser humano de retirar a vida de alguém que sofre e que teoricamente não podem ser considerados exatamente “eutanásia”².

Na busca de um conceito que abranja mais do que mera tradução etimológica da palavra temos o entendimento apresentado por Leo da Silva Alves onde a eutanásia se configura como sendo uma “morte generosa: morte benéfica, fácil, doce, sem sofrimento e sem dor, boa morte, crime caritativo ou simplesmente direito de amar”³.

Apesar de o conceito acima ser aplicado no mundo jurídico, como sendo o “conceito jurídico de eutanásia”, verifica-se que ainda fica uma falha na definição, uma vez que ela não identifica em qual ocasião ela é praticada e nem por quem. Para esclarecer o que falta no conceito apresentado, Pinan y Malvare considera a eutanásia como um “ato em virtude do qual uma pessoa dá morte a outra, enferma e parecendo incurável, ou seres acidentados que padecem de dores cureis, a seu rogo ou requerimento sob impulsos de exacerbo sentimento de piedade humana”⁴.

No entanto, esse conceito pode ser considerado incompleto uma vez que uma pessoa não pode “parecer incurável”, na verdade ela deve ter parecer médico que afirme ser sua doença incurável e também tem que estar no limite da dor e da agonia que a doença

² cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito – Ciência da Vida e Novos Desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

³ ALVES, Leo da Silva. Eutanásia. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Maio, Ano III, nº 29, 1999, p. 12.

⁴ Apud MENEZES, Evandro Corrêa de. **Direito de Matar**. 2. Ed. São Paulo: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1997, p.39.

produza. A utilização do termo “parecer incurável” permite a prática aleatória da morte, o que acabaria resultando em casos que não são eutanásia⁵.

Sendo assim, chegamos a um conceito mais completo que aplica tudo aqui já apresentado de forma a não ter falha é o apresentado por Flamínio Fávero e Ricardo Royo-Vilanova y Morales, citado na obra de Paulo de A. Prado⁶, que será o conceito adotado no decorrer deste trabalho e que definem a eutanásia como sendo:

(...) morte tranqüila, sem dores físicas nem torturas morais, que pode sobrevir de um modo natural nas idades mais avançadas da vida, surgir de modo sobrenatural como graça divina, ser sugerida por uma exaltação das virtudes estoicas, ou ser provocada artificialmente, já por motivos eugênicos, ou com fins terapêuticos, para suprimir ou abreviar uma inevitável, larga e dolorosa agonia, mas sempre com prévio consentimento do paciente ou prévia regulamentação legal.

Esse conceito parece ser o mais apropriado, uma vez que abrange uma morte tranqüila dada ao paciente terminal ressaltando a idéia de que deve haver consentimento do paciente e regulamentação legal para que seja praticada, sendo importante ressaltar que a morte praticada deve conter como motivação o ato da compaixão ou piedade em relação ao doente, tendo como finalidade dar a ele uma “morte digna” dando a oportunidade de menor sofrimento⁷.

1.2 – Dignidade da pessoa humana

A questão da dignidade da pessoa humana é trazida no entendimento de Roxana Cardoso, que admite a eutanásia nos casos “de pacientes que não tenham mais cura e

⁵ cf. PRADO, Paulo de A. **Medicina Legal e Deontologia Médica**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Italiana, 1972, p. 983.

⁶ Apud, *Ibíd.*

⁷ cf. *Ibíd.*

que se encontrem em fase terminal, sabendo que vão morrer e que não tem mais tratamento, utilizando-se do argumento de que todas as pessoas devem viver e morrer com dignidade”⁸.

Deve ser esclarecido que o direito de morrer dignamente não pode ser confundido com o direito de morrer. Morrer dignamente “é a reivindicação por vários direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, refere-se ao direito de ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil”⁹.

Sendo assim, o direito de morrer dignamente não pode ser utilizado para defender qualquer procedimento que possa ser usado com o fim de antecipar ou causar a morte de uma pessoa, mas sim de reconhecer o direito que essa pessoa possui à liberdade e a capacidade de escolha. Quando se busca simplesmente causar a morte, sem qualquer motivação humanística, não se pode falar em eutanásia, o que justifica a prática da eutanásia para aqueles que a aceitam é o “fato de haver um tratamento causador de sofrimento psicológico ou físico insuportável, que não resultará em cura e só fará o doente sofrer mais, prolongando uma vida que não pode ser considerada *digna*”¹⁰.

Nesse contexto utiliza-se o termo dignidade da pessoa humana e não apenas dignidade humana. É a dignidade da pessoa humana o princípio previsto na Constituição Federal e no que se refere a prática da eutanásia consiste, portanto, em permitir que a pessoa não seja obrigada a fazer parte de tratamentos inúteis para a sua doença, sofrendo tanto

⁸ Apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito – Ciência da Vida e Novos Desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 285.

⁹ *Ibidem*, p. 284.

¹⁰ DRANE, James e PESSINI, Leo. **Bioética, Medicina e Tecnologia – Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005, p. 59.

fisicamente como psicologicamente, longe de seus familiares, muitas vezes, e cujo fim será somente o prolongamento da vida¹¹.

Para a sociedade jurídica a grande questão que envolve esse assunto é o fato de saber se a pessoa tem ou não a liberdade de dispor de sua própria vida em busca de uma morte menos dolorosa e com dignidade¹².

Os opositores a prática da eutanásia acreditam que a vida não pode ser tirada por se trata de um bem jurídico tutelado pelo Estado, como é o caso de Bizzato, que trata o “direito a vida é um bem jurídico de natureza eminentemente pública, por isso tutelado e garantido pelo Estado e, por isso mesmo, indisponível”, afirmando ainda, em sua obra, que mesmo em caso de “súplica expressa de alguém que padece, sabendo que sua cura e salvação são impossíveis, o enfermo não possui o direito de dispor de sua própria vida e ainda mais de pedir ou fazer com que alguém dê fim a ela”¹³.

Nota-se, portanto, que para os que se opõem a prática da eutanásia o fundamento do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana que deve ser respeitada, protegida e garantida pelo Estado, considerando que a própria Constituição determina ser o Estado o provedor e mantenedor da vida, não cabendo ao indivíduo o poder de escolha diante da vida com sofrimento ou da morte¹⁴.

Analisando por outro ângulo temos o pensamento dos que são favoráveis a prática da eutanásia, como é configurado pelo pensamento de Peter Singer, que trata desse assunto trazendo a manutenção da vida e a preservação desta como o aspecto mais importante

¹¹ cf. DRANE, James e PESSINI, Leo. **Bioética, Medicina e Tecnologia – Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005.

¹² cf. BIZZATO, José Idelfonso. **Eutanásia e Responsabilidade Médica**. Porto Alegre: Sagra, 1990.

¹³ *Ibidem*, p. 10.

¹⁴ Cf. *Ibidem*.

para que se evitem maiores problemas sociológicos, não deixando de considerar que a vida tem um valor singular, porém não admitindo o sofrimento como obrigação, mas como uma escolha:

(...) sociologicamente a concepção de vida humana tem um valor singular e é consagrada em nossas leis e em toda a sociedade é necessário que se exista proibição de tirar a vida, porque senão houver nenhuma sociedade conseguiria sobreviver.¹⁵

Seguindo esse entendimento, conclui-se que o poder de escolher se quer ou não continuar o tratamento é a grande questão quando tratamos de eutanásia. A escolha, portanto, encontra-se ligada a liberdade humana que é formada por um conjunto do potencial humano composto de “controle, iniciativa, concepção de alternativas, tomada de decisão e responsabilidade”¹⁶.

O potencial de escolha que cada ser humano possui, em alguns casos, principalmente nos de pessoas portadoras de doenças crônico degenerativas, ou em fase terminal – são doenças que envolvem uma vasta gama de sofrimento de ordem física, psíquica, mental e espiritual¹⁷ - fazem com que pessoa doente não tenha como demonstrar as suas escolhas, uma vez que a doença não só reduz muitas capacidades do ser humano como também seu poder de reação, já que tanto a dor como a própria sensação do sofrimento enfraquecem a pessoa.

Além dos casos em que os doentes perdem a capacidade de comunicação, existem ainda aqueles que não conseguem expressar a sua vontade, não devido

¹⁵ SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 186.

¹⁶ DRANE, James e PESSINI, Leo. **Bioética, Medicina e Tecnologia – Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005, p. 62.

¹⁷ PESSINI, Leo e BERTACHINI, Luciana. **Novas perspectivas em cuidados paliativos: ética, geriatria, gerontologia, comunicação e espiritualidade**. Disponível em <http://www.scamillo.edu.br/pdf/mundo_saúde/32/03_Novas%20pers.ectivas%20cuida.pdf>. Acesso em 22 ago. 2009.

necessariamente a doença, mas a fatores externos, como os bebês, eles não conseguem exprimir as vontades de forma clara e precisa, esses seres são considerados “sencientes”, cujas “características de racionalidade, autonomia e consciência não estão presentes”. Nesses casos podemos dizer que eles podem sofrer a prática da eutanásia levando em consideração a escolha feita pelos pais. James Drane consegue demonstrar isso de forma clara alegando que o que importa nesses casos não é necessariamente “a dor do bebê, ou o seu sofrimento, mas sim a dor que os pais são capazes de suportar”¹⁸.

Pode-se concluir, portanto, que ter o poder de escolher não pode ser considerado aquele onde a dor supera sua capacidade racional, mas sim em arcar com as responsabilidades de cada ato praticado. Escolher para que seja realizada a eutanásia buscando uma morte mais digna conforme o conceito tido por cada pessoa é ter consciência de que tem liberdade, sabe de suas responsabilidades e que as conseqüências da prática do ato atingem não apenas ele, mas a terceiros também.

1.3 – Considerações históricas da prática da eutanásia

Ao colocar a idéia de eutanásia para a sociedade, verifica-se que o conceito dado será sempre o mesmo, e que o assunto será tratado de uma forma mais simples não atingindo todo o aspecto da palavra relacionada. Ela é conceituada como sendo uma “morte dada àqueles que sofrem de moléstias incuráveis e dolorosas, próximos ao fim para abreviar-lhes o sofrimento, inspirada no seguimento altruístico da compaixão”¹⁹.

Seguindo o pensamento colocado pela sociedade, quando estas são colocadas diante do assunto “morte” observa-se que, como um todo, tem medo da morte, pois

¹⁸ DRANE, James e PESSINI, Leo. **Bioética, Medicina e Tecnologia – Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005, p. 63.

¹⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de Órgãos e Eutanásia: Liberdade e Responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 210.

morreu significaria deixar de existir. Portanto, conclui-se que esse medo é que faz as pessoas não pensarem no assunto, ou até mesmo, prolongarem a decisão de “vida” ou “morte” até serem questionadas, no entanto, quando é colocado o “sofrimento” ou a “morte”, muitos acabam por preferir a morte²⁰.

A prática da eutanásia na sociedade, no entanto, não de ser considerada nova. Ao longo da história da humanidade ela vem sendo praticada, como afirma Diego Garcia, bioeticista espanhol, citado na obra de Leo Pessini: “divide essa história em três formas: ritualizada, medicalizada e autônoma”²¹.

No que se refere à eutanásia ritualizada, citada por Leo Pessini, pode-se considerar como sendo o “ritual realizado pela família quando um ente querido morre, tendo em vista a cultura de cada lugar”, oferecendo exemplos como os que aconteciam desde a antiguidade, na Grécia e Roma, onde era admitida a morte de recém nascidos com anomalias²².

Flamínio Favero, citado na obra de Emerson Wendt fez a melhor colocação história da eutanásia ritualizada começando pela Índia antiga onde “os doentes incuráveis eram atirados ao rio Ganges ‘depois de receberem no nariz um pouco de lama sagrada’; também, em Esparta, os monstros, os deformados, os casoplásticos de toda a sorte eram arremessados do alto do monte Taijeto”²³.

Outros exemplos, trazidos por Favero, são aqueles encontrados na sociedade celta onde, antigamente, “os filhos matavam os pais quando estes se encontrassem velhos e

²⁰ cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de Órgãos e Eutanásia: Liberdade e Responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1992.

²¹ Apud PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 104.

²² cf. *Ibidem*, p. 105.

²³ Apud WENDT, Emerson. **Medicina Legal**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1969, p. 983.

doentes” e o considerado mais próximo da sociedade brasileira, onde em algumas tribos “adota-se o abandono de filhos enfermos e incuráveis à morte como prática, uma vez que só trariam trabalhos e sofrimentos para a sociedade”²⁴.

No caso da eutanásia medicalizada, citada por Leo Pessini, ela pode ser encontrada com o nascimento da medicina até a Segunda Guerra Mundial, onde o cuidado médico deveria aplicar seus conhecimentos da seguinte forma:

[...] centrar-se naquelas pessoas que tem corpos sãos por natureza e contraem alguma enfermidade; enquanto, pelo contrário, em relação às pessoas crônicas por doenças internas, o médico não se consagra a prolongar e amargar a vida. Platão considera que quem não é capaz de viver desempenhando as funções que lhe são próprias não deve receber cuidados, por ser uma pessoa inútil tanto para a si mesmo como para a sociedade”²⁵.

Compreende-se, portanto, que a eutanásia medicalizada era aquela praticada visando dar assistência a quem teria alguma condição de sobrevivência, deixando os que não teriam como sobreviver, conforme julgamento realizado pelo médico, com medicamentos apenas para aliviar a dor²⁶.

Nesse caso, a eutanásia medicalizada seria como praticar a ortotanásia, deixando de cuidar da pessoa doente por verificar que de nada adiantaria seus esforços sabendo que ele morreria de qualquer forma, ou seja, deixar a doença correr seu curso. A sua diferença, entretanto, é que não era necessário o consentimento do doente, essa prática era realizada mesmo se a pessoa quisesse viver²⁷.

²⁴ Apud WENDT, Emerson. **Medicina Legal**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1969, p. 985.

²⁵ PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 104.

²⁶ cf. *Ibíd.*

²⁷ cf. *Ibíd.*

Nessa fase é que surge, por meio do filósofo inglês Francis Bacon a afirmação de que “o médico deve aplicar seus conhecimentos não somente para curar, mas também para minorar as dores de uma enfermidade mortal”²⁸.

Analisando o pensamento de Francis Bacon, pode-se chegar a conclusão de que para a medicina, o papel do médico não é exatamente o de curar, mas de aplicar todo o seu conhecimento buscando a melhora do paciente.

No caso da eutanásia autônoma, podemos afirmar que a partir desse momento, “deixou-se de levar em consideração os aspectos societários para a morte do enfermo e passou a levar em consideração a sua vontade, o desejo que este possui, o direito de cada um a própria morte”²⁹. Assim, a eutanásia não atinge mais diretamente o que a sociedade acha melhor, mas o que o doente acha melhor para ele mesmo.

Os problemas que atingem a sociedade quando tratamos do termo eutanásia, levantados por Roxana Cardoso Brasileiro Borges, hoje em dia, deve ser considerado diferente de todos os demais nas fases da história, porque o fato de causar ou não a morte em alguém reflete problemas que atingem questões éticas e princípios morais dos quais ficam mais nítidos quando surgem situações em que os tratamentos médicos se tornam “um fim em si mesmos e o ser humano é simplesmente ignorado”. Nesse caso a atenção passa a se concentrar nos procedimentos e não na pessoa, não no paciente³⁰.

A vontade do paciente passa a ser considerada, portanto, o centro das atenções quando se trata da prática da eutanásia, uma vez que podemos considerar haver,

²⁸ Apud PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 106.

²⁹ Ibidem, p. 107.

³⁰ Apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito – Ciência da Vida e Novos Desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 284.

antes mesmo da morte, uma eutanásia chamada de “social”, na qual o enfermo não pode mais viver em sociedade, atingido o fator psicológico, que para muitos passa a ser considerada pior que a própria morte³¹.

Dessa maneira, Diego Garcia assim justifica a eutanásia como sendo consequência dos atos de exclusão praticados pela sociedade:

Se a sociedade primeiro coloca as pessoas em situações de marginalização e injustiça que são piores que a morte, e depois atende com toda solicitude os desejos de morrer de quem se encontre em tal estado, acredito que temos razões para afirmar que essa sociedade envelheceu moralmente. Se por eutanásia entendemos a eliminação física de quem o azar ou a sociedade já eliminou socialmente, ela resulta completamente injustificável, e nesses casos “a eliminação física pura e simples dos pacientes irrecuperáveis surge como um envelhecimento moral.”³²

A eutanásia autônoma, portanto, passa a ser consequência de uma vontade exteriorizada pelo doente, tendo em vista a prática da sociedade em discriminar os doentes em fase terminal, seja por atitudes, seja pelo próprio tratamento a ele obrigado que o retire do meio de pessoas que gosta³³.

Verifica-se, portanto, que a prática da eutanásia encontra-se presente desde o princípio da sociedade, seja como forma de buscar o alívio de dores insuportáveis, seja por procurar dar ao grupo em que participam uma segurança matando o ser doente antes mesmo que a doença possa atingir a todos os saudáveis, buscando preservar a existência dos demais seres presentes na sociedade.

³¹ cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito – Ciência da Vida e Novos Desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

³² Apud PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 109

³³ cf. *Ibidem*.

1.4 – Aspectos relevantes na sociedade

São vários os aspectos, que ao longo da história da sociedade influenciaram nos conceitos apresentados no item anterior, um deles é o cultural que se encontra intimamente ligado ao religioso³⁴.

No contexto cultural, Peter Singer afirma que “em alguns países a eutanásia pode ser praticada livremente, sem que o médico possa vir a sofrer processo posterior pela sua realização e em outros países a prática da eutanásia não é normatizada, o que leva aos familiares, aos médicos e aos próprios doentes a liberdade de decidir o que achar melhor”³⁵, no entanto, pode acarretar problemas processuais posteriormente, como veremos mais adiante.

Tecendo considerações acerca da posição apresentada por Peter Singer pode-se chegar ao entendimento de que a morte não é apenas um fator humano. A forma de cada sociedade pensar, influenciada pelas histórias que passaram, é capaz de individualizar todos os países. Tal diversidade cultural faz com que fique mais claro para a sociedade o fato de que não existe uma metodologia adequada para lidar com as diferentes e crescentes posições que envolvem o debate sobre a eutanásia³⁶.

Ao tratar do assunto referente as divergências, Leo Pessini alega que o fator que mais causa problemas é o religioso, mesmo levando em consideração que todas possuem como meta principal a salvação, elas ainda procuram responder a questões, tais como perguntas sobre eternos problemas de sofrimento, culpa, reparação, vida, morte, entre outras questões básicas que afligem o ser humano e respondem de formar diferentes³⁷.

³⁴ cf. SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁵ *Ibíd*em, p. 180.

³⁶ cf. *Ibíd*em.

³⁷ cf. PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

Analisando essas questões, pode-se observar que as religiões têm a ver com o sentido e o não sentido da vida, com a questão da liberdade e da escravidão, de justiça, de guerra e de paz³⁸. Esses são assuntos que atingem o tema deste trabalho, motivo pelo qual, não podemos deixá-lo de levar em consideração. Analisemos algumas religiões presentes no mundo:

a) O judaísmo indica a formulação de uma negativa: “Não faça aos outros o que não queres que te façam a ti”³⁹. Essa negativa pode ser entendida ainda como sendo uma ética de responsabilidade que sempre leva em consideração as conseqüências do nosso agir e omitir. Os judeus entendem que o “moribundo é, de qualquer maneira, uma pessoa viva, e deve ser tratado com a mesma consideração devida a toda e qualquer pessoa viva. Mesmo na situação de o paciente ser terminal, em meio a muita dor e diante de solicitação de acabar com tudo, essa prática não pode ser permitida”⁴⁰. Sendo assim, eles não admitem a eutanásia e nem qualquer forma de adiantar a morte. A vida encontra-se sempre em primeiro plano.

b) Os budistas associam a vida a um sentido amplo, incluindo também os animais e as plantas. Eles enfatizam o processo de decisão, sempre levando em consideração “todos os aspectos de sofrimento, equilibrando o desejo do indivíduo de uma morte suave com o dever do médico de não causar dano e desejo da sociedade de preservar a vida”⁴¹. Conclui-se, assim, que para o budismo o que importa não é se o corpo vive ou morre, mas sim, se a mente pode permanecer em paz e harmonia consigo mesma.

c) O islamismo segue o entendimento de que “se alguém matar uma pessoa isto deve ser considerado como se tivesse matado todas as pessoas. E se alguém mantiver com

³⁸ cf. PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

³⁹ Ibidem, p. 232

⁴⁰ Ibidem, p. 245

⁴¹ Ibidem, p. 233

vida outra pessoa é como se tivesse mantido com vida todas pessoas”⁴². Assim sendo, o islamismo limita drasticamente a autonomia da ação humana e atribui todo o poder a Deus.

d) No cristianismo, temos visões diferentes conforme cada tradição cristã: para a católica – aceita-se desde que observados todos os requisitos e situações que demonstrem ser imoral a manutenção da vida; para a adventista de sétimo dia – é a favor de que exista um consenso entre as pessoas para a prática da eutanásia passiva; para as igrejas batistas – defendem o direito do indivíduo tomar as suas próprias decisões quando se trata do fim da vida e condena a eutanásia ativa; para os mórmons – condena a eutanásia ativa, mas aceita a passiva quando a continuação da vida não for razoável; para os ortodoxos – não aceita a intervenção do ser humano nos planos de Deus, condenando todas as formas de eutanásia; para a episcopal – condena a eutanásia ativa; para as testemunhas de Jeová – a eutanásia é considerada um assassinato; para as luteranas – condena todas as formas de eutanásia; para o pentecostal – demonstra uma forte oposição em relação ao suicídio assistido e à eutanásia ativa; para a reformada – a vida não deve ser prolongada indevidamente por meios artificiais, mas também não deve ser diretamente abreviada; para os unidos de cristo – afirma a liberdade e a responsabilidade individual, onde o poder de escolha é primordial; para a menonita – condena a eutanásia; para a metodista – apóia o suicídio assistido e a eutanásia voluntária⁴³.

A limitação a prática da eutanásia na sociedade não vem apenas dos aspectos restrito à religião e a cultura, mas também é formado pelos aspectos que descendem delas, como, por exemplo, a moral e a ética da sociedade, construídos por anos de história⁴⁴.

Ao longo da história da sociedade a medicina tem avançado com o intuito de promover melhor os cuidados para com o doente, e desses avanços ficou possível

⁴² PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 241.

⁴³ cf. *Ibidem*, p. 255-258.

⁴⁴ cf. HENGELHARDT, H. Tristram Jr. **Fundamentos da bioética**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.

prolongar a vida de uma pessoa que não tenha mais condições naturais de continuar vivo, o que acaba retirando o doente de seu ambiente familiar os mantendo separados da sociedade por sua vontade ou não, modificando o conceito antes adotado pela sociedade como o de “boa morte”, ou de “morte digna” conforme apresentado na página 12, parágrafo 2 do presente trabalho.

Mesmo com todas essas evoluções, alguns casos não são atingidos por eles o que faz com que prevaleça o entendimento de que a morte representa o fim da vida e deve ser encarada como um processo. “O que a morte e o morrer significam individualmente resulta da combinação entre personalidade, experiências, cultura, religião, momento histórico e etapa de desenvolvimento que se vive”⁴⁵.

Esse conceito apresentado por Peter Singer considera a morte como um conjunto de aspectos importantes para cada pessoa, informações que a levam ou não a aceitar a morte ou ter medo de morrer⁴⁶.

1.5 – Tipos de eutanásia

Dentre as definições mais comuns da prática da eutanásia pode-se citar três tipos, conforme divisão apresentada por Peter Singer: “eutanásia voluntária, involuntária e não-voluntária. Todas elas atingem questões éticas específicas”⁴⁷.

Define-se a eutanásia voluntária como sendo “a morte praticada em pessoa que pretende ser morta e que verbaliza sua vontade de alguma forma, seja por palavras ou por

⁴⁵ SAMPAIO, Ana Cláudia Moreira. A terminalidade da vida: as representações da morte e do medo de morrer. **Ética Revista**, mar./abr., ano VI, n 2, 2008, p. 18.

⁴⁶ cf. SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁷ *Ibíd*em, p. 186.

manifestação escrita no caso de a pessoa se encontrar incapacitada de dizer isso em algum momento seguinte durante um tratamento”⁴⁸.

Dentro da *eutanásia voluntária* temos que fazer a diferenciação ente a *autônoma* e a *heterônoma*. A primeira é “preparação e provocação da própria ‘boa-morte’ sem a intervenção de terceiros para o ato” já a segunda é “aquela que resulta da participação ou ação de outra pessoa”⁴⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro a eutanásia voluntária autônoma não pode ser considerada para conseqüências jurídicas uma vez que a “morte provocada pela própria pessoa que morreu é tratada como suicídio e a conduta do suicida é atípica não podendo ser considerada infração penal”⁵⁰.

Entretanto, deve-se esclarecer que o suicídio não pode ser tratado como eutanásia autônoma uma vez que a eutanásia só pode ser aplicada, conforme conceito já apresentado na página 12 do presente trabalho, para cessar a dor em caso de pessoas doentes em fase terminal e que possuam plena consciência de seus atos e das conseqüências advindas dos mesmos⁵¹.

No que tange ao suicídio, este pode ser praticado a qualquer momento da vida pela pessoa, e encontra-se mais ligado a fatores psicológicos do que patológicos. A pessoa que pratica o suicídio, muitas vezes, não tem a real noção do que faz, atingindo muito mais os aspectos psicológicos do que patológicos. Nesses casos não há, na maioria das vezes,

⁴⁸ SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 186.

⁴⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRim, 2001, p. 206.

⁵⁰ CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El Derecho e La Bioética Ante Los Limites de la Vida Humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S. A., 1994, p. 514.

⁵¹ cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Ídem*.

dor física, mas sim, um conjunto de informações que levam a pessoa a pensar que não tem mais saída, mesmo tendo⁵².

Já no que se trata da eutanásia voluntária heterônoma é praticada quando terceiros praticam o ato em atenção a pedido expresso da pessoa que se encontra incapacitada de fazê-lo. É como afirma Peter Singer quando cuida dessa questão como uma modalidade onde as pessoas que se encontram incapacitadas de manifestarem sua anuência no momento em que se encontram em falecimento, mas que já o fizeram em momento anterior, quando este possuía capacidade de pensar e agir com clareza, sabendo o que queria e o que buscava caso algo errado acontecesse⁵³.

Quando ainda tem boa saúde, uma pessoa pode pedir a eutanásia por escrito se, por acidente ou doença, tornar-se incapaz de tomar ou expressar a decisão de morrer, em decorrência de dor ou da privação de suas faculdades mentais, não havendo nenhuma esperança plausível de que venha a recuperar-se. Ao matar alguém que fez tal pedido, reafirmou-o diversas vezes e se encontra agora num dos estados que descrevemos, uma pessoa pode perfeitamente alegar que agiu com o consentimento de quem foi morto.⁵⁴

Esse pensamento de Peter Singer é no qual se baseiam os grupos que hoje fazem campanha para que ocorram mudanças legais autorizando a prática da eutanásia, como uma morte feita a pedido de pessoa que pretende ser morta⁵⁵.

Atualmente o ordenamento jurídico brasileiro não admite a prática de qualquer forma de antecipe a morte de uma pessoa, mesmo feita a pedido, entretanto, seguindo caminho diferente deste pode-se citar o ordenamento jurídico da Holanda onde é assegurado a um médico, desde 1980, "o direito de ajudar um de seus pacientes a morrer, mesmo que essa ajuda implicasse em dar-lhe uma injeção letal. Baseando-se nesse

⁵² cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRim, 2001.

⁵³ cf. SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 188

⁵⁵ cf. *Ibidem*.

seguimento, os médicos podem praticar a eutanásia e relatá-la no atestado de óbito sem medo de que venham a ser processados por esse ato”⁵⁶.

Mudando para eutanásia involuntária podemos conceituá-la como aquela em que “a pessoa morta tem condições de consentir com a própria morte, mas não o faz, tanto porque não lhe perguntam se quer morrer quanto porque perguntam e ela opta por continuar vivendo”⁵⁷.

Nesse caso a eutanásia só poderá ser identificada, seguindo os entendimentos até agora apresentados, nos casos em que mesmo a pessoa não desejando ou não externando o desejo de morrer, seja o ato praticado com a finalidade de impedir um sofrimento ainda maior por parte das pessoas doentes⁵⁸.

Esse tipo de eutanásia é muito raro uma vez que se perguntam para a pessoa doente se quer continuar vivendo e ela opta por continuar e mesmo assim outro pratica o ato de matar, a pessoa que pratica o ato poderá ser indiciado como homicídio doloso⁵⁹.

No que se trata da eutanásia não-voluntária, podemos conceituá-la como:

Se um ser humano não é capaz de compreender a escolha entre a vida e a morte, a eutanásia não seria nem *voluntária* e nem *involuntária*, mas *não-voluntária*. Dentre os incapazes de dar o seu consentimento estariam inclusos os bebês que sofrem de doenças incuráveis ou com graves deficiências e as pessoas que, por motivo de acidente, doença ou velhice, já perderam para sempre a capacidade de compreender o problema em questão, sem que tenham previamente solicitado ou recusado a eutanásia nessas circunstâncias.⁶⁰

⁵⁶ SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 188.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 189.

⁵⁸ cf. *Ibidem*.

⁵⁹ cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRim, 2001.

⁶⁰ SINGER, Peter. *Idem*, p. 190.

Essa eutanásia consiste na busca de aliviar a dor de seres que não são capazes de expressar a sua vontade, seja porque a doença causou ou por que ainda não foram capazes de adquirir os meios necessários para comunicação, como no caso dos bebês⁶¹.

Os exemplos mais claros acerca da prática desse tipo de eutanásia é a realizada por meio de aborto ou por meio do infanticídio. Nesses casos os seres não têm como expressar seu desejo de morrer ou não, conforme estudado no parágrafo 3 da página 15 do presente trabalho, e a morte é feita por autorização de terceiros buscando torná-la menos dolorosa⁶².

Peter Singer é claro ao afirmar, em seu entendimento, que “o infanticídio só pode ser comparado ao aborto quando as pessoas mais próximas da criança não quiserem que ela viva. Matar um bebê cujos pais não querem a sua morte constitui, sem dúvida, uma questão inteiramente diversa”. Logo, cometer um infanticídio e praticar um aborto, levando em consideração a dor que os seres estão sentindo, a dor e a vontade dos pais é o que torna essa prática a chamada “eutanásia involuntária”⁶³.

A eutanásia *não-voluntária*, diferentemente da *involuntária* “ocorre quando o ser que a ela se submete não tem e nem jamais teve a capacidade de optar entre viver ou morrer”⁶⁴.

Os conceitos até aqui apresentadas buscaram esclarecer qual será a forma como trataremos a eutanásia ao longo do trabalho, concluindo pelo entendimento de que a prática da ortotanásia merece ser normatizada pela legislação brasileira por se tratar de questionamentos presentes a todo momentos nos hospitais e na vida das pessoas, evitando

⁶¹ cf. DRANE, James e PESSINI, Leo. **Bioética, Medicina e Tecnologia – Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005.

⁶² cf. SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶³ *Ibíd*em, p. 183.

⁶⁴ *Ibíd*em, p. 191.

com que pessoas inocentes de suas atitudes, e visando apenas causar o melhor para a outra pessoa, possa vir a ser condenada pelo judiciário.

1.6 – Formas de eutanásia

Para melhorar ainda mais a limitação do tema, apresentaremos agora as outras formas que, apesar de possuírem uma diferença muito pequena com a eutanásia, são consideradas outras formas de tirar a vida de um ser humano, levando em consideração, também, aspectos morais. São elas:

a) A mistanásia pode ser conceituada seguindo o entendimento de Villas-Bôas que a considera como sendo:

“uma morte miserável, transcendendo o contexto médico-hospitalar para atingir aqueles que nem sequer chegam a ter um atendimento médico adequado, por carência social, por falta de condições e de oportunidades econômicas e políticas, que se refletem numa falta de acesso ao judiciário e na deficiente proteção mesmo aos direitos fundamentais a que fazem juz todos os seres humanos, de forma que eles passam a configurar, desde o nascimento”.⁶⁵

Essa forma é causada por absoluta precariedade do atendimento médico, onde o serviço de saúde não pode suportar a demanda do local, não é exatamente por considerá-lo menos capacitado para viver, ou por escolha médica, mas simplesmente por não ter acesso a mesma, demonstrando o absoluto descaso em que se encontra a saúde pública⁶⁶.

Não cabe também tratar essa forma como sendo causada apenas quando o doente encontra-se no fim de sua doença terminal, ela atinge a milhares de pessoas,

⁶⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial**. 1. ed. São Paulo: Editora Forence, 2005, p. 75.

⁶⁶ cf. *Ibíd.*

principalmente as que se encontram mais afastadas dos centros urbanos. Nesse contexto Pessini, cuida de afirmar que “de modo geral, a forma mais comum de mistanásia é a omissão de socorro estrutural que atinge milhões de doentes durante sua vida inteira e não apenas nas frases avançadas e terminais de suas enfermidades”.⁶⁷

A mistanásia, portanto, é uma morte praticada antes do tempo, mas não em razão de sua enfermidade, ou da dor por ela causada, ou pela piedade de pessoas em vista ao sofrimento, mas sim uma morte por “falta de tratamento”, o que nos remete a idéia de que a pessoa pode sofrer muito mais do que deveria⁶⁸.

b) A agatanásia não é comum para a sociedade a visão de que ela esteja sendo praticada, no entanto ela é bastante conhecida nos hospitais. Ela tem o sentido de “morte conseqüente ao duplo efeito medicamentoso, administrando o fármaco com a intenção de propiciar alívio ao paciente, mas que acaba por lhe acarretar a morte não buscada intencionalmente. Ela também é tida como *eutanásia ativa indireta*”⁶⁹.

Um exemplo disso é o trazido por Osmard Andrade Faria, como sendo o chamado “erro médico”, onde o profissional de saúde aplica medicamentos que ao invés de trazerem a doente um alívio, acaba causando dor e levando a morte⁷⁰.

⁶⁷ PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 211.

⁶⁸ cf. *Ibíd.*

⁶⁹ FARIA, Osmard Andrade. **Eutanásia – A morte com Dignidade – Depoimentos**. Florianópolis: Editora UFSC, 1997, p. 252.

⁷⁰ cf. *Ibíd.*

c) O suicídio assistido embora não possa ser considerado uma espécie relativa a prática da eutanásia, o suicídio medicamente assistido é constantemente abordado no campo desse estudo por poder ser confundido com ela⁷¹.

O suicídio assistido ocorre quando “o paciente encontra-se em forte sofrimento, por conta de doença considerada incurável e que é provocada pelo próprio indivíduo enfermo, cabendo a terceiro apenas ajudá-lo materialmente em seu intento, comovido com a situação desesperada em que se encontra o doente”⁷².

Brito e Rijo consideram o suicídio assistido como sendo “aquele que ocorre quando uma pessoa não consegue concretizar a sua intenção de morrer sozinha, solicita o auxílio de outra”⁷³.

Verifica-se que o suicídio assistido não pode ser considerado eutanásia porque quem provoca a própria morte é o paciente e não uma terceira pessoa, apesar de auxiliar sua conduta não pode ser considerada ativa, mas apenas passiva.

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro trate como atípico a prática do suicídio, o auxílio a ele não o é. Portanto, quem auxilia acaba por induz a pessoa a praticar o ato e por meio da indução “o indutor anula a vontade de alguém, que, finalmente acaba suicidando-se; logo, a intervenção daquele é o que decide o resultado final”⁷⁴.

⁷¹ cf. VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial**. 1. ed. São Paulo: Editora Forence, 2005.

⁷² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial**. 1. ed. São Paulo: Editora Forence, 2005, p. 92.

⁷³ BRITO, Antonio José dos Santos Lopes de, e RIJO, José Manoel Subtil Lopes. **Estudos Jurídicos da Eutanásia em Portugal: Direito Sobre a Vida e o Direito de Morrer**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 251.

⁷⁴ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 569.

Assim, suicídio não é crime por si só, mas o auxílio é, pois é a prática deste que acaba por causar o resultado de morte.

Por fim, cuidaremos de tratar de forma mais detalhada quanto ao termo ortotanásia, ou eutanásia passiva, uma vez que consiste em não matar, mas simplesmente deixar que uma doença sem cura siga seu curso sem maiores intervenções e maiores sofrimentos por parte do paciente.

1.7 – Eutanásia Passiva ou Ortotanásia

Eutanásia passiva, também tratada como ortotanásia, não consiste em causar à morte a pessoa doente que sofre de uma enfermidade incurável, a qual acarreta grande sofrimento, chegando ao ponto de se tornar insuportável, mas sim de deixar, por vontade manifesta do paciente, que ela siga seu curso⁷⁵.

Etimologicamente “ortotanásia” significa “morte correta: orto = certo; thanatos = morte; significa o não prolongamento artificial do processo de morte, além do que seria o processo natural. A ortotanásia deve ser praticada pelo médico”⁷⁶.

Os tratamentos médicos, nesse caso, não são aplicados de forma ativa, mas sim de forma passiva, ou por meios considerados “paliativos”, suspendendo-os ou aplicando remédios para diminuir o sofrimento. Afinal de contas, nenhum médico é obrigado a manter a vida de alguém se esse alguém não quiser⁷⁷.

⁷⁵ cf. PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

⁷⁶ CESARIM, Selma Aparecida. Breves Considerações sobre a eutanásia e ortotanásia e o respeito do princípio da dignidade no momento da morte. **Anuário da Produção Acadêmica Docente**. vol. XII. n 2. Brasília, 2008, p. 14.

⁷⁷ cf. PESSINI, Leo. Idem.

Nunca, quando se pratica a ortotanásia, visa-se prolongar a vida do doente, mas simplesmente deixando-o viver o resto de sua vida ao lado de sua família, amigos e pessoas queridas. Essa, para a maioria das pessoas, acaba tornando a morte mais “digna”⁷⁸.

Um conceito para a ortotanásia é dado por Maria Elisa Villas-Bôas como sendo uma postura adotada pelo médico que deve ser aplicada da seguinte forma:

(...) não interfere no momento do desfecho letal, nem apara antecipá-lo e nem para adiá-lo. Diz-se que não há esgotamento do período vital, uma vez que este já se encontra em inevitável esgotamento. Tampouco se recorrem a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos.⁷⁹

Sendo assim, para ela, a ortotanásia se efetiva mediante a restrição de condutas médicas aliada a “cuidados paliativos” para apenas abrandar a dor, buscando dar ao doente uma morte menos dolorosa, já que ela é inevitável. Esse é o entendimento de Maria Elisa Villas-Bôas, ao classificá-la como a morte causada tendo em vista a aplicação de “condutas médicas restritivas, em que se limita o uso de certos recursos, por serem medicamente inadequados”⁸⁰.

Analisando a posição de Maria Elisa Villas-Bôas, Leo Pessini entende que a ortotanásia é a melhor forma de cuidar de paciente em estado terminal, mas não a trata como uma “conduta médica”, ou seja, um “ato médico” como faz Maria Elisa Villas-Bôas, e sim como parte do compromisso feito pelo médico de cuidar do paciente, jamais prolongando e

⁷⁸ cf. PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

⁷⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial**. 1. ed. São Paulo: Editora Forence, 2005, p. 73.

⁸⁰ cf. Ibidem, p. 74

nem adiantando a morte deste, oferecendo a “arte do bem morrer”, rejeitando todas as formas de mistanásia sem cair na eutanásia nem na distanásia⁸¹.

A ortotanásia permite ao doente não pensar em uma cura para a doença que possui, pois esta já não existe, mas ajuda-o a entender a morte como uma questão que faz parte da vida. Assim, podemos chegar a conclusão de que para a ortotanásia a medicina deve buscar curar quando este fim seja possível e por outro lado, deixar que o doente morra quando a sua hora chegar, sem prolongar o sofrimento e nem adiantá-la⁸².

O doente, portanto tem o direito de saber e o direito de decidir sobre a vida que deseja ter, uma vez que também cabe ao médico esclarecer todas as formas de tratamentos e as conseqüências que poderão acontecer em cada uma delas. Esse procedimento é previsto em norma específica constante no Código de Ética Médica (CFM nº 1.246/88), em seu art. 59, sendo vedado ao médico:

Art. 59 - Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal⁸³.

O “tratamento paliativo” é aplicado juntamente com a ortotanásia, uma vez que a medicina tem o dever de cuidar do paciente, não de lhe causar a morte, tais cuidados são primordiais para a considerada “boa morte”, tanto buscada pelos doentes terminais⁸⁴.

A dificuldade é que a morte de seres humanos recusa-se a se simplificar dessa forma. Aspectos jurídicos sociais, psicológicos, culturais, religiosos insistem em se “intrometer” e “complicar” a situação. O objetivo biológico

⁸¹ cf. PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 225.

⁸² cf. *Ibidem*.

⁸³ RIO DE JANEIRO. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.246, de 8.1.1988. Dispõe sobre o Código de Ética Médica. DOU de 26.1.88.

⁸⁴ cf. PESSINI, Leo. *Idem*.

⁸⁴ cf. PESSINI, Leo. *Idem*.

constantemente se transforma num sujeito pessoal reivindicando direitos, dignidade e respeito.⁸⁵

A posição de Leo Pessini admite acaba apontando a outras tantas questões que não podem ser deixadas de serem levadas em consideração.

A ortotanásia, a nosso ver, é aquela morte que melhor se enquadra na idéia defendida pelos que defendem a idéia de que a dignidade da pessoa também atinge o aspecto de morte e o conceito de “boa morte”. Também chamada de eutanásia passiva, como visto, ela pode prioriza tanto o doente, como os aspectos éticos médicos defendidos profissionalmente, bem como também atende aos anseios da sociedade.

Verificamos, portanto que a prática da eutanásia ocorre desde a antiguidade, conforme padrões históricos e sociais e que atualmente a sociedade busca, na hora da morte, a menos sofrida.

A busca de dignidade da pessoa humana, respeitando os princípios constitucionais de autonomia de vontade e liberdade são as grandes questões que afligem a decisão de morte e vida⁸⁶.

Para o direito brasileiro a prática da eutanásia ativa é conduta atípica, uma vez que a única previsão legal é que causar a morte configura como crime de homicídio doloso. Ademais, ninguém, para a Constituição Federal, tem o poder e o direito de tirar a vida de uma pessoa, mesmo a seu pedido, a menos que por legítima defesa⁸⁷.

⁸⁵ PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 226.

⁸⁶ cf. HORTA, M. P. **Paciente crônico, paciente terminal, eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer**. In ASSAD, J. E. (Coord). **Desafios Éticos**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1992.

⁸⁷ cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRim, 2001.

Segundo Horta, a medicina e a sociedade atual encontram um problema:

A medicina e a sociedade brasileira tem hoje diante de si um desafio ético, ao qual é mister responder com urgência – o de humanizar a vida no seu ocaso, devolvendo-lhe a dignidade perdida. Centenas ou talvez milhares de doentes estão hoje jogados a um sofrimento sem perspectivas em hospitais, sobretudo nas suas UTIs e emergências. Não raramente, acham-se submetidos a uma parafernália tecnológica, que não só não consegue minorar-lhes a dor e o sofrer, como ainda os prolonga e os acrescenta inutilmente. Quando a vida física é considerada o bem supremo e absoluto, acima da liberdade e da dignidade, o amor natural pela vida se transforma em idolatria. A medicina promove implicitamente esse culto idólatra da vida, organizando a fase terminal como uma luta a custo contra a morte⁸⁸.

Considerando os aspectos aqui apresentados, conclui-se que a eutanásia passiva pode ser tratada como o meio mais eticamente correto no que tange as expectativas de um doente portador de doença crônico-degenerativa (que não tem mais expectativas de vida ou de melhora), uma vez que além de não causar dor, utilizando-se de métodos paliativos, ainda permite que passe os seus últimos momentos ao lado de pessoas queridas, ao invés de ficar em um quarto isolado com aparelhos, como ocorre nos hospitais.

⁸⁸ HORTA, M. P. **Paciente crônico, paciente terminal, eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer.** In ASSAD, J. E. (Coord). *Desafios Éticos*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1992, p. 220

2 – POSSIBILIDADE DE NORMATIZAÇÃO DA PRÁTICA DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL

O corpo humano não pode ser tratado como se fosse um objeto para experiências. O homem é um ser vivo e como tal possui sentimentos e necessidades, tem desejos e sonhos, sendo que a ter uma morte digna pode ser comparado com o termo de ter “uma vida digna”. Aceitar essa afirmativa é uma consequência do entendimento de que a medicina tem seus limites e que a morte com certeza é um deles.

Além disso, é interessante esclarecer que as decisões sobre o aceitar ou não de um tratamento não é uma questão anormal, mas sim mais natural e comum do que parece. Toda pessoa tem a liberdade de escolher em continuar ou não um determinado tratamento, como até mesmo de começar, não cabe, portanto, ao médico obrigar ao paciente que faça determinada coisa sabendo que só prolongaria a vida de forma dolorosa.

Não apenas a Resolução CFM nº 1802/2006, mas também o Estado de São Paulo publicou uma lei que autoriza a pessoa a utilizar-se de métodos paliativos para aliviar a dor enquanto a morte for certa, permitindo a ela que passe o resto de vida que possui junto com os seus entes queridos e não em um hospital longe de todos.

2.1 – A Resolução CFM nº 1.802/2006

O Conselho Federal de Medicina editou e publicou a Resolução nº 1805/2006, que se encontra atualmente suspensa por decisão do M. Juiz Dr. Roberto Luiz Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, que trata de permitir a prática da ortotanasia (eutanásia passiva) no âmbito hospitalar.

Literalmente, a Resolução é composta pelos seguintes artigos:

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006

(Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169)

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário⁸⁹.

⁸⁹ BRASÍLIA. RESOLUÇÃO CFM Nº 1805, DE 9.11.2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. DOU de 28.11.2006, seção I, p. 169.

Deve-se, no entanto, esclarecer que o Conselho Federal de Medicina não tem, entre as suas funções e poderes, capacidade para legislar, assim sendo, ele não pode tratar de assuntos que nossa legislação não abrange e como para o Direito Brasileiro não existe a possibilidade de prática da ortotanásia, chega-se a conclusão de que uma simples resolução não poderia resolver o problema⁹⁰.

Verifica-se, portanto, uma falha muito importante na legislação brasileira, pois a ortotanásia não trata de matar uma pessoa, mas sim, de deixar que o curso natural da vida ocorra, evitando maiores dores e sofrimento aqueles que nem chance de melhora possuem apesar de todo o crescimento e avanços médico, considerando a questão como uma possibilidade de fornecer conforto ao paciente e a família, conforme foi esclarecido de melhor forma no item 1.7 (páginas 33-37) do presente trabalho.

Mesmo o Conselho Federal de Medicina não tendo o poder de legislar sobre assunto que não tenha sido tratado em legislação maior, pode-se inferir que assim não o fez com a edição da Resolução mencionada, uma vez que o fim é o de possibilitar “dignidade da pessoa humana” até mesmo aos que estejam morrendo em um leito hospitalar, ou seja, ela valoriza um dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente sem, no entanto, deixar de lado os outros⁹¹.

Ademais há de ser necessário uma interpretação mais clara do disposto que encontra-se disposto no art. 57 do Código de Ética Médica que trata de punição ao médico

⁹⁰ cf. COUTINHO, Léo Meyer. **Código de Ética Médica Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

⁹¹ cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

que “Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente”⁹².

A interpretação desse artigo não deve ser apenas no sentido de que caberia ao médico utiliza-se, a todo e qualquer preço, de procedimentos médicos mesmo não havendo chance de cura. A interpretação mais adequada seria a de que, já que em termos médicos o tratamento é considerado aplicar todos os meios disponíveis “a favor do paciente”, não havendo mais chance de cura não haveria obrigação de aplicar tratamentos que visassem apenas o prolongamento da vida e manutenção da dor e sofrimento. Dor e sofrimento não trazem benefício ao paciente⁹³.

Outra forma, apesar de não ser tão clara, mas que ainda assim dá liberdade ao paciente de decidir é o art. 56 do Código de Ética Médica. Sua interpretação pode acabar concluindo-se por uma possível prática da ortotanásia: “Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”⁹⁴.

Fica claro, nesse artigo, que o paciente pode decidir quanto ao tratamento e o médico deve respeitar, salvo nos casos em que a pessoa, munida de forte dor e em “iminente perigo de vida” não possa decidir. Essa interpretação prova que a ortotanásia já se encontra prevista e é aplicada nos dias atuais⁹⁵.

Sabe-se, no entanto, que os médicos formados nos dias atuais tem à sua disposição muitos métodos e meios novos que promovem uma melhoria de atendimento, e

⁹² RIO DE JANEIRO. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.246, de 8.1.1988. Dispõe sobre o Código de Ética Médica. DOU de 26.1.88.

⁹³ cf. COUTINHO, Léo Meyer. **Código de Ética Médica Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

⁹⁴ RIO DE JANEIRO. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.246, de 8.1.1988. Ídem.

⁹⁵ cf. PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

que por esse motivo muitos desses profissionais não conseguem lidar bem com a questão da morte, como entende-se do que foi dito por Bernard Lown:

As escolas de medicina e o estágio nos hospitais os preparam (os futuros médicos) para tornarem-se oficiais-maiores da ciência e gerentes de biotecnologias complexas. Muito pouco se ensina sobre a arte de ser médico. Os médicos aprendem pouquíssimo a lidar com a morte. A realidade mais fundamental é que houve uma revolução biotecnológica que possibilita o prolongamento interminável do morrer”.⁹⁶

O referido texto também pode ser encontrado como um dos motivos expostos para a elaboração e aprovação da Resolução, ou seja, na sua exposição de motivos, que considera serem os médicos despreparados pelas escolas para tratar com a morte de forma clara, já que é um resultado possível de acontecer em seu meio⁹⁷.

Outra questão levantada pela Exposição de Motivos da Resolução é o fato de existirem “pesquisas realizadas por instituições de saúde que demonstram o despreparo dos profissionais de saúde quanto a morte”⁹⁸. Assim, fica claro que a questão da morte colocada aqui, não é apenas uma suposição, mas uma realidade cada vez mais visível.

Além disso, praticar a eutanásia passiva não é praticar homicídio, conforme entende Leo Pessini “o agente que pratica a eutanásia passiva como a ativa é considerado como homicídio e deve ser punido pela justiça como tal”⁹⁹. Não se trata de matar uma pessoa, mas de deixar a doença seguir o seu curso, deixar que ela decida livremente o que acha melhor, desde que sua escolha seja consciente.

⁹⁶ LOWN, Bernard. **A arte perdida de curar**. São Paulo: Editora Peirópolis, 1997, p. 15.

⁹⁷ BRASÍLIA. RESOLUÇÃO CFM Nº 1805, DE 9.11.2006. DOU de 28.11.2006, seção I, p. 169. Exposição de Motivos.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 229.

Peter Singer traz em sua obra uma questão chamada por ele de “utilitarismo preferencial”, que trata de um termo utilizado para explicar o fato de que “uma ação contrária à preferência de qualquer ser é errada”.¹⁰⁰

Dando uma interpretação literal a esse pensamento, podemos concluir que o ato de matar uma pessoa que deseja continuar vivendo é errado, mas o ato de deixar que a doença, que não tem cura, siga o seu caminho a pedido do paciente não pode ser resumido como errado para a sociedade e nem contrário a seus conceitos éticos¹⁰¹.

A morte digna visto por Léo Meyer, quanto a esse aspecto é de que:

O médico não pode manter a vida artificialmente, apenas vegetativa, quando o organismo do paciente não tenha condições de mantê-la por seus próprios meios. É claro que estou referindo-me a pacientes terminais. Não é o caso daquele que momentaneamente pode apresentar uma parada cardíaca, ou respiratória, ou um estado de choque, situações em que o paciente possa ser recuperado e novamente devolvido a condições de sobrevivência, como nos acidentes, com hemorragias de vulto, traumatismos cranianos etc. Naqueles casos, ouvidos os familiares, é perfeitamente válido desligar o respirador artificial, ou deixar de administrar sangue, ou medicamentos que prolonguem apenas por mais algumas horas ou dias uma vida vegetativa, sem possibilidade de voltar a relacionar-se com o meio.¹⁰²

É claro que o avanço na medicina permite chegar a conclusão de que muitas pessoas que, antigamente, não teriam condições de continuar vivendo, hoje podem ter a chance de viver um pouco mais com a ajuda de aparelhos e remédios, porém essa escolha deve ser feita pelo paciente e não por questões alheias a vida que essa pessoa tem¹⁰³.

Ademais é importante ressaltar que o médico tem o dever de falar abertamente com seu paciente acerca das possibilidades de tratamento, as conseqüências de

¹⁰⁰ SINGER, Peter. **Vida Ética : os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 171.

¹⁰¹ cf. Ídem. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁰² COUTINHO, Léo Meyer. **Código de Ética Médica Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 165

¹⁰³ cf. Ibídem.

cada um deles e qual a probabilidade de resultar em resultados positivos ou não, ou seja, falar dos limites da assistência que a medicina pode fornecer no seu caso concreto, conforme consta no art. 41 do Código de Ética Médica. Só assim, seguindo essa atitude é que será possível dizer que a escolha do paciente foi tomada de forma consciente e certa¹⁰⁴.

A questão aqui não é a de dar poder ao médico, mesmo porque o dever que ele tem é de sempre prestar assistência as pessoas que o procuram, mas sim de dar poder ao paciente. É claro que o médico deve esforçar-se o máximo para manter a vida de seu paciente, no entanto, deve também perceber quando o tratamento não tem consequências positivas e manter o paciente informado sobre o que acontece com ele é de suma importância para que se evite danos a vida de uma pessoa¹⁰⁵.

O dever do medico de cuidar do paciente acaba quando este, após ter recebido todas as informações, opõe-se ao tratamento. Uma vez que a Constituição garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, está-se diante da necessidade do consentimento informado e esclarecido do paciente para qualquer tipo de tratamento, não havendo disposição legal específica. O dever do médico de tratar encontra seu limite no não consentimento do paciente em relação ao tratamento.¹⁰⁶

Esse é o entendimento apresentado por Roxana Cardoso Brasileiro Borges, que concorda que o paciente possui o direito de aceitar ou de recusar propostas de caráter preventivo, diagnósticos ou terapias se julgar não serem condizentes com seus valores e princípios, desde que consciente de seu estado clínico¹⁰⁷.

¹⁰⁴ cf. COUTINHO, Léo Meyer. **Código de Ética Médica Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

¹⁰⁵ cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de Morrer Dignamente: Eutanásia, Ortotanásia. Consentimento Informado. Testemunho Vital, Análise Constitucional e Penal e Direito Comparado**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito – Ciência da Vida e Novos Desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 283-305.

¹⁰⁷ cf. Ibidem.

2.2 – A capacidade de escolha sob o ponto de vista dos juristas

Cumpre esclarecer, primeiramente que toda a pessoa tem deveres e direitos previstas e regulamentados, seja por lei ou por outro ato normativo, de forma que o direito acaba regendo a vida das pessoas buscando sempre uma melhor qualidade de vida na sociedade¹⁰⁸.

Toda pessoa é capaz de direitos e deveres (obrigações) na ordem civil (art.1º, CC, 2002). Ser capaz de direitos e deveres na ordem civil quer dizer que toda pessoa natural ou pessoa jurídica, possui direitos e obrigações perante a lei brasileira. Pessoa natural = ser humano. Pessoa Jurídica, adotando um conceito bem amplo e resumido, é àquela criada pela lei e pelo direito¹⁰⁹.

Para os juristas, mais especificamente falando, essa capacidade de fornecida pela ordem civil está relacionada com a “capacidade de fato” prevista no Código Civil brasileiro, o qual prevê dois tipos de incapacidade, sendo que uma delas diz que o indivíduo pode precisar de uma outra pessoa para demonstrar seus desejos, mesmos que não sejam os seus efetivos desejos: a relativa e a absoluta.

a) Incapacidade absoluta (art. 3º, CC): Menores de 16 anos (art. 3º, I, CC); os que não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos, por enfermidade ou deficiência mental (art. 3º, II, CC); os que não puderem exprimir a sua vontade, mesmo que por causas transitórias (art. 3º, III, CC). O legislador entende que estes menores não podem praticar estes atos por não terem condições de avaliar as suas conseqüências e o que estes atos acarretam no mundo civil. Não quer dizer que seja absolutamente impossível a prática desses atos por menores de 16 anos. No caso, deverão ser assistidos por seus representantes legais: os pais ou pelos tutores, se órfãos, ou se os pais forem destituídos do poder familiar. O ato praticado pelos absolutamente incapazes, sem a assistência dos pais ou tutores e curadores, gera nulidade absoluta. Enquanto perdurar a incapacidade de exprimir a vontade, durará a incapacidade civil e os atos praticados nesse período serão nulos, se praticados sem a devida assistência. b) Incapacidade relativa (art. 4º, CC): É a incapacidade de praticar determinados atos na ordem civil São eles: maiores de 16 anos e menores de 18 anos (art. 4º, I), e deverão ser assistidos pelos pais ou tutores; ébrios habituais, viciados em tóxicos, discernimento reduzido por deficiência mental (art. 4º, II); os excepcionais sem desenvolvimento mental completo (art. 4º, III); os índios serão

¹⁰⁸ cf. Atiara Conhecimento. SHVOONG – resumos e revisões curtas. **Direito Civil – capacidade e personalidade**. Disponível em <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1778604-direito-civil-capacidade-personalidade/>>. Acesso em 22 jul. 2009.

¹⁰⁹ Ibidem.

regulados por legislação própria. Os relativamente incapazes contidos no art. 4º, II e III, CC, deverão ser representados por seus curadores ao praticarem estes atos, e esta incapacidade relativa deverá ser declarada pelo juiz, através de sentença. c) Capacidade civil (art. 5º, CC). A menoridade cessa aos 18 anos completos: a pessoa fica habilitada a praticar todos os atos da vida civil. Ex: compra e venda, assinar procurações, casamento, empréstimos, etc. A menoridade também cessa pela emancipação, pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em ensino superior, pelo estabelecimento civil ou comercial, ou relação de emprego, onde o menor de 16 anos completos tenha economia própria em função dos mesmos. - Emancipação: quando se concede ao menor de 18 anos e maior de 16 anos, o direito de praticar atos da vida civil. Essa emancipação é concedida pelos pais do menor, ou somente por um, na falta do outro, e pelo tutor, quando o menor é órfão¹¹⁰.

Acontece que a “vontade” expressa no texto acima, é considerada sob o ponto de vista de decisões, não apenas da idade alcançada, ou da maioridade concedida. Fica claro, portanto, que, sendo a Lei do Código Civil superior a da Resolução do CFM, a primeira deve servir de base para a última¹¹¹.

Assim sendo, se o tratamento for suspenso por vontade do paciente capaz de demonstrar com clareza qual a sua vontade, não pode-se configurar homicídio, conforme o previsto na Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, inciso:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Seguindo esse pensamento verifica-se que é assegurado pela Constituição brasileira o direito a liberdade e este direito encontra-se ligado ao princípio da autonomia da vontade das pessoas, mas cabe ressaltar que nenhum deles é mais importante que o outro, não

¹¹⁰ Atiara Conhecimento. SHVOONG – resumos e revisões curtas. **Direito Civil – capacidade e personalidade**. Disponível em <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1778604-direito-civil-capacidade-personalidade/>>. Acesso em 22 jul. 2009.

¹¹¹ cf. *Ibidem*.

existe grau de prioridade entre os direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal do Brasil¹¹², conforme será estudado no próximo capítulo.

Nota-se, no entanto, que a vida protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro não pode ser comparada com a vida mantida artificialmente para a qual se garante o respeito à dignidade da pessoa humana.

Quando o homem (...) está próximo da morte, sem que haja recurso científico disponível para manter a vida, o médico tem obrigação de levantar a bandeira branca e render-se à morte¹¹³.

Para resolver esse problema alguns países como, por exemplo, os Estados Unidos, utilizam-se do instrumento chamado testamento vital, que trata de um “documento onde o paciente determina que tipo de tratamento queira ou não receber no seu caso enquanto ainda possui meios claros de manifestação de vontade”¹¹⁴. No entanto, tal documento não encontra previsão legal no direito brasileiro.

Se o testamento vital fosse adotado no Brasil serviria para a manutenção da vontade efetiva e de forma inequívoca, caso em momento futuro não pudesse fazer, o que evitaria com que no futuro o médico pudesse ser processado pelos familiares do paciente, seja por ação ou omissão de atos em determinados momentos¹¹⁵.

O fato de este documento não existir no Direito brasileiro, tomar uma decisão por uma pessoa que não consegue se expressar acaba por demonstrar uma situação

¹¹² cf. FARAH, Elias. **Ortotanásia – Longo tema e conflituoso debate**. Disponível em <www.academus.pro.br/professor/eliasfarah/Ortotanásia_Farah.doc>. Acesso em 20 mar. 2009.

¹¹³ COUTINHO, Léo Meyer. **Código de Ética Médica Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 165

¹¹⁴ BORGES, Rossana Cardoso Brasileiro. **Direito de Morrer Dignamente: Eutanásia, Ortotanásia. Consentimento Informado. Testemunho Vital, Análise Constitucional e Penal e Direito Comparado**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito – Ciência da Vida e Novos Desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 296.

¹¹⁵ cf. *Ibidem*.

muito difícil para o médico, pois esse deverá respeitar a vontade não do paciente, mas de seus parentes e responsáveis legais¹¹⁶.

A legislação brasileira tenta suprir o fato de que em algum momento o doente, ou mesmo qualquer pessoa, possa vir a ficar incapacitada de manifestar a sua vontade por meio do instituto do representante legal. Sabe-se, no entanto, que a vontade da pessoa doente e impossibilitada de comunicação pode não ser a mesma das demais parentes¹¹⁷.

Sabendo que a grande questão envolvida em prolongar a vida ou deixar a doença seguir seu curso é a dignidade da pessoa humana, como foi demonstrado no capítulo anterior, que em certos casos a aplicação de aparelhos médicos é para a melhora e em outros casos apenas aumenta a dor e a sensação de incapacidade, trazendo infelicidade para o paciente, familiares e amigos¹¹⁸.

A Resolução do CFM deixa bem claro que não há obrigação por parte do médico em prolongar, a qualquer custo a vida do paciente, e que caberá apenas a este, ou em uma interpretação extensiva, a seu representante legal também, decidir acerca da continuação ou não do tratamento. Optando por não continuar, caberá ao médico informar os meios paliativos existentes para o alívio do sofrimento do doente, já que ele tem que cuidar do paciente com todos os meios que lhe são disponíveis, ou seja, não é pelo fato de não querer continuar o tratamento que o paciente irá querer sofrer.

Assim sendo, nota-se que ao mesmo tempo em que essa Resolução busca resolver o problema ético de dignidade da pessoa humana no que tange ao aspecto da morte,

¹¹⁶ cf. BORGES, Rossana Cardoso Brasileiro. **Direito de Morrer Dignamente: Eutanásia, Ortotanásia. Consentimento Informado. Testemunho Vital, Análise Constitucional e Penal e Direito Comparado.** In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito – Ciência da Vida e Novos Desafios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

¹¹⁷ cf. SINGER, Peter. **Ética Prática.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹⁸ cf. LOWN, Bernard. **A arte perdida de curar.** São Paulo: Editora Peirópolis, 1997.

busca solucionar outros problemas, como os possíveis constrangimentos aplicados a pacientes, por profissionais com pouca ética, levando a estes a desistirem do tratamento para dar lugar, no hospital, a outros doentes.

Por tais motivos existem os Códigos de Ética Médica e Resoluções elaboradas pelo Conselho Federal de Medicina, buscando evitar a prática errada e confusa da profissão médica¹¹⁹.

Mesmo sabendo que o assunto não envolve apenas a área médica, mas a sociedade como um todo é atingida por questões éticas como esta, devemos levar em grande consideração os atos praticados por este profissional, uma vez que cabe a ele a maior parte da responsabilidade e do bem estar do paciente.

No próximo item, serão apresentadas, de forma a ficar mais claro a competência de cada um, as responsabilidades do profissional de medicina e a capacidade legislativa do CFM.

2.3 – As competências do Conselho Federal de Medicina e as responsabilidades do médico

Cabe esclarecer, preliminarmente, que as normas estabelecidas pelo Conselho Regional de Medicina “quanto a prática médica são direcionadas apenas a sua própria classe e a responsabilidade atinente, conforme os deveres e obrigações que eles assumem para o exercício de sua profissão”¹²⁰.

Por referido motivo, a devida inscrição na Ordem dos Médicos vincula esses “profissionais não apenas as normas estabelecidas, mas também na observância dos valores

¹¹⁹ cf. COUTINHO, Léo Meyer. **Código de Ética Médica Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

¹²⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000, p. 5.

éticos e morais transmitidos por gerações de profissionais e que se encontram sedimentados por princípios a qual todo profissional toma conhecimento desde o início de seus estudos”¹²¹.

A expressão “responsabilidade” tem a sua origem na palavra *response*, que significa “resposta”. Referida responsabilidade não se encontra prevista apenas no campo do direito, mas em todos os campos sociais¹²².

No caso em questão a “responsabilidade médica” é baseada em atos profissionais e é entendida como “o dever do médico de responder pelos atos cometidos, enfrentando os seus efeitos”¹²³.

A responsabilização pelos atos cometidos ocorre quando o médico não cumpre a obrigação que tem em relação ao paciente, causando-lhe dano, seja ele moral ou material (físico)¹²⁴.

Para os profissionais de saúde, a “responsabilidade ética é considerada primária e sempre teve, ao longo da história, uma importância superior à da jurídica”¹²⁵.

Cabe ao Conselho Federal de Medicina - CFM a “elaboração e atualização de normas, ou seja, um corpo de dispositivos, no qual deveriam constar a maioria das normas que regulamentam uma matéria, sempre de forma ordenada e orgânica, de maneira que seja fácil de compulsar e entender”¹²⁶.

¹²¹ KRIGER FILHO, Domingos Afonso e RAMOS FILHO, Irineu. **Código de Processo Ético Profissional Médico comentado e anotado**. Porto Alegre: Sintese, 1999, p. 9.

¹²² cf. COUTINHO, Léo Meyer. **Código de Ética Médica Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

¹²³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 30.

¹²⁴ Cf. *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 23

¹²⁶ *Ibidem*, p. 7

Elaborando as normas necessárias o CFM editou o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.246/1988) tratou da ética codificada, contendo dispositivos específicos para cada situação da prática profissional médica, principalmente quanto ao relacionamento com pacientes, com a sociedade e com os próprios colegas. Referido Código constitui um “instrumento valioso no sentido de facilitar e orientar a prática médica, o desempenho ético na medicina”¹²⁷.

Sobre o assunto da eutanásia, o CFM editou o art. 6º do Código de Ética dos médicos, onde afirma que o médico deve ter absoluto respeito à vida do paciente, atuando sempre em seu benefício e que seus conhecimentos e esforços não devem gerar sofrimento físico ou moral, atentando contra a dignidade e integridade do paciente¹²⁸.

Art. 6º - O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.¹²⁹

Conclui-se, portanto, que o extermínio do ser humano não pode ocorrer por prática médica, ou seja, o médico jamais poderá utilizar de seus conhecimentos para ocasionar conscientemente a morte de um paciente ou acobertar tentativas que atinjam a sua dignidade e integralidade¹³⁰.

Fica ainda mais claro a proibição da prática da eutanásia ativa quando verificamos no Código de Ética Médica em seu Capítulo IV, no art. 54, a vedação ao médico quanto a “fornecer meio, instrumento, substância, conhecimentos ou participar, de qualquer

¹²⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000, p. 5.

¹²⁸ cf. LOWN, Bernard. **A arte perdida de curar**. São Paulo: Editora Peirópolis, 1997.

¹²⁹ RIO DE JANEIRO. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.246, de 8.1.1988. Dispõe sobre o Código de Ética Médica. DOU de 26.1.88.

¹³⁰ cf. LOWN, Bernard. Ídem.

maneira, na execução de pena de morte”¹³¹, porém nada fala claramente no que tange a prática da ortotanásia.

Sandro Spinsanti abrange a questão da vida, como um todo, em relação a ética dos profissionais de medicina, entendendo que a vida da pessoa humana é o “bem supremo e absoluto, acima da liberdade e da dignidade”. Logo, entendemos que a medicina “idolatra” a vida tratando ela de forma que um paciente em estado terminal deve possuir todos os direitos a um atendimento intensivo devendo o médico lutar até o último instante contra a morte. Ressalte-se que, para isso, o paciente deve ter direito de acesso a todos os meios, no entanto somente se ele quiser se submeter a esses tratamentos¹³².

Os Conselhos de Medicina, sejam eles Regionais ou o Federal, são dotados de competência para apurar irregularidades e punir os médicos que venham a praticar infrações contra o Código de Ética Médica. Tal competência é delegada pelo Poder Executivo Federal.

O Conselho Federal de Medicina, agindo como comando hierárquico centralizador do sistema, de conformidade com o que dispõe o artigo 5º, da Lei 3.268/57, regula todas as atividades profissionais, vez que existe para supervisionar, disciplinar e julgar as questões envolvendo a prática da Medicina no âmbito de sua competência.¹³³

Percebe-se, portanto, que a Resolução CFM nº 1805/2006, não pode ser vista como uma brecha para que o médico utilize-se de meios que causem a morte do paciente, uma vez que resta configurado nesse capítulo que a esse profissional cabe cuidar, em todos os sentidos, da pessoa enferma.

¹³¹ RIO DE JANEIRO. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.246, de 8.1.1988. Dispõe sobre o Código de Ética Médica. DOU de 26.1.88.

¹³² SPINSANTI, Sandro. **Ética biomédica**. São Paulo: Paulinas, 1990.

¹³³ KRIGER FILHO, Domingos Afonso e RAMOS FILHO, Irineu. **Código de Processo Ético Profissional Médico comentado e anotado**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 22.

A medicina, portanto, não é uma “profissão de risco; o risco é gerado pela enfermidade. O risco não tem nada a ver com negligência, imprudência ou imperícia”. Assim, nenhum médico pode ser responsabilizado pelo que não deu certo por causa do paciente, seja pelo que ele não fez, como lhe foi prescrito, seja pelo fato de seu organismo não ter reagido como se poderia esperar¹³⁴.

Assim sendo, o conhecimento médico é condição para que ele exerça a prática, no entanto, ela não é suficiente por si só. Existem situações que não poderiam ser previstas, afinal de contas, cada ser humano e corpo humano é um, podendo reagirem de diferentes formas aos mesmos tratamentos¹³⁵.

2.4– Uma comparação entre a Lei Estadual nº 10.241 de 1999 do Estado de São Paulo e a Resolução CFM nº 1805/2006

Conforme já citado, não apenas a Resolução 1802 do CFM buscou normatizar a possibilidade da prática da ortotanásia no Brasil, mas ocorre que o Estado de São Paulo, no ano de 1999, editou e publicou a Lei Estadual nº 10.241, atualmente vigente, que permite ao doente recusar tratamentos sabendo que apenas prolongarão seu tempo de vida.

Referida Lei foi criada com o intuito de regular os direitos dos usuários de planos de saúde e foi sancionada pelo governador Mário Covas, que justificou a sanção não só como um ato político e solidário, mas também, por ser portador de um câncer.

O governador Mário Covas teria dito, no momento: “Não assino esta lei apenas como governador de São Paulo. Assino como governador e paciente”¹³⁶. A discursão

¹³⁴ DRANE, James e PESSINI, Leo. **BIOÉTICA, MEDICINA E TECNOLOGIA – Desafio éticos na fronteira do conhecimento humano**. Centro Universitário São Camilo. São Paulo: 2005, p. 55.

¹³⁵ cf. SPINSANTI, Sandro. **Ética biomédica**. São Paulo: Paulinas, 1990.

¹³⁶ FARAH, Elias. **Ortotanásia – Longo tema e conflituoso debate**. Disponível em <www.academus.pro.br/professor/eliasfarah/Ortotanásia_Farah.doc> . Acesso em 20 mar. 2009.

não veio nesse momento, mas apenas em 2004 na CRM de São Paulo e no início de 2006 foi levada ao CFM.

Cumprе esclarecer que antes de tomar qualquer decisão acerca do assunto, o CFM fez os seguintes procedimentos:

Este procedeu à consulta a uma *Câmara Técnica* composta de um teólogo, um desembargador, representantes das áreas de cuidados paliativos, geriatria, terapia intensiva e bioética, e, antes do texto final, procedeu a uma consulta pública¹³⁷.

Sendo assim, fica claro que o CFM não editou uma norma aleatória, ele buscou saber o que a população pensava sobre o assunto. O próprio governador Mário Covas, mais tarde, pode utilizar-se da Lei aprovada e recusou tratamentos médicos que só visavam prolongar a vida, sendo atendido, morreu em 6 de março de 2001, aos 70 anos.

Um aspecto que causa problemas quanto a regulamentação e aplicação da Resolução 1802 do CFM é a apresentada por Junqueira, questiona o fato de que os “próprios profissionais regularem uma prática em sua profissão que nem está prevista na legislação brasileira”¹³⁸.

Entretanto, cumpre ressaltar, que não é apenas a visão dos profissionais que estamos tratando, a própria Lei Estadual aqui apresentada demonstra que os pacientes, no Estado de São Paulo podem recusar a tratamentos, ademais o próprio Código de Ética

¹³⁷ FARAH, Elias. **Ortotanásia – Longo tema e conflituoso debate**. Disponível em <www.academus.pro.br/professor/eliasfarah/Ortotanásia_Farah.doc>. Acesso em 20 mar. 2009.

¹³⁸ JUNQUEIRA, André Luiz. **Prolongamento da Vida de Pacientes Terminais**. Clubjus, Brasília, DF, 26 dez. 2007. Disponível em <<http://www.clubjus.com.br/?artigo&ver=2.13057>>. Acesso em 15 mar. 2009.

Médica, proíbe que os médicos apliquem medicamentos se o paciente não quiser, como foi apresentado, portanto, a posição de Junqueira é questionável¹³⁹.

Não apenas a Resolução 1802 do CFM como também a Lei 10.241 basearam-se na defesa da dignidade da pessoa humana, no poder de ter uma vida digna em condições de viver como qualquer pessoa normal e saudável, sem sofrimentos ou humilhações.

Ademais, também “ajudam na manutenção da garantia constitucional prevista na CF em seu art. 1º, inciso III, art. 5º, inciso III onde está previsto que é inadmissível que se submeta uma pessoa a tortura ou tratamento desumano ou degradante”¹⁴⁰.

Assim fica claro que mesmo a Constituição Federal não tendo tratado do tema “ortotanásia” de forma clara, essa questão é amparada em suas entrelinhas no rol das cláusulas pétreas, como um assunto tão importante quanto parece ser.

A ortotanásia não é um ato médico, não compreende em antecipar a morte, mas cuidar do doente. Não existe, portanto, a morte provocada que é o que tipifica o homicídio. A morte deve ser encarada como um processo natural, nascimento, vida e morte. A questão na ortotanásia não é a morte, mas como irá acontecer a morte¹⁴¹.

Aceitar a Resolução não significa que será adotado um ato de ordem, mas uma possibilidade dada a pessoa doente de escolher e de o profissional de saúde poder atendê-la. Portanto, não se trata de poder médico, mas de poder do paciente, trata-se de reconhecer os

¹³⁹ cf. SPINSANTI, Sandro. **Ética biomédica**. São Paulo: Paulinas, 1990.

¹⁴⁰ JUNQUEIRA, André Luiz. **Prolongamento da Vida de Pacientes Terminais**. Clubjus, Brasília, DF, 26 dez. 2007. Disponível em <<http://www.clubjus.com.br/?artigo&ver=2.13057>>. Acesso em 15 mar. 2009.

¹⁴¹ cf. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 30.

limite no tratamento. Além disso, o doente nunca esteve e continua não estando vinculado a uma única opinião médica, ele pode muito bem buscar outro.

Considerando o posicionamento de Giostri, pode-se dizer que se entre o médico, o paciente, os familiares existe diálogo franco, caberá aqui também o respeito da autonomia que o paciente possui diante da expressa e sincera vontade demonstrada. Sendo assim, não cabe ao direito assegurar a vida a todo custo como uma obrigação imposta, mas simplesmente assegurar o direito a vida.

O que este estudo defende é que a eutanásia seja praticada como forma de fornecer um final de vida digna às pessoas que possuam enfermidades incuráveis, que sofrerão bastante até que se venha a morte evitar que eles sejam submetido à tortura, pois não há como entender “vida digna” uma pessoa em situação deplorável, sofrendo a todo instante.

Por ser assim, e feita a análise da Resolução e da Lei nº 10.241, chega-se a conclusão de que são oportunas a sua edição a aplicação na sociedade, uma vez que não demonstram afetar as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal Brasileira.

Não resta comprovado que uma vez o Superior Tribunal Federal suspendendo a prática da Resolução elaborada pelo CFM deveria suspender a aplicação da Lei Estadual de São Paulo que trata da mesma matéria e no mesmo sentido. Considerar uma inconstitucional deveria ser considerar a outra também.

Além disso, somente o fato de a resolução ter sido emitida por médicos não significa que ela seja inconstitucional, ou que siga um pensamento contrário aos anseios da sociedade, o que acontece é que eles são os mais adequados para dizer o que acontece ou não quando um paciente encontra-se no estado de morte certa, pois vivem essa realidade.

Pode-se entender que a elaboração da Resolução não foi baseada em caprichos de uma classe de profissionais, mas sim na busca do equilíbrio da questão entre a medicina e cuidados médicos com a questão da dignidade da pessoa humana referente ao enfermo, visando apenas regulamentar uma questão que se torna cada vez mais rotineira nos hospitais, onde o que acontece não é adiantar a morte da pessoa, mas deixar com que ela aconteça da melhor forma possível para o paciente com doenças degenerativas.

3 – O PACIENTE TERMINAL E A LIBERDADE DE ESCOLHA PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Com relação ao assunto tratado neste trabalho percebe-se um conflito entre a “liberdade”, a “dignidade” e o “direito a vida”.

Quando trata-se de ortotanásia, tem-se que considerar a liberdade sob o ponto de vista do poder da “escolha” que é o que permite ao homem julgar situações e poder decidir por si determinadas coisas, como por exemplo: se faz bem ou não determinada coisa; o que é melhor ou não; se é importante fazer algo ou não. E também tem que ser observado o direito à uma vida digna, e por consequência uma morte também.

Sob outro ângulo tem-se o “direito a vida”, também considerado direito fundamental e que consiste em garantir a existência do ser humano, a exemplo disso podemos citar o caso do nascituro. Nesse caso, a Constituição Federal brasileira assegura o direito de nascer, garantindo que o feto possa ter direito a vida.

É importante ressaltar que não deve haver preferência entre um direito fundamental e outro e que as decisões que envolvem esses princípios devem ser pautadas não apenas no que encontra-se previsto “expressamente”, pois não tem como uma norma abranger todas as situações que acontecem na sociedade.

Por não haver superioridade de um princípio com o outro é imprescindível que seja examinada a totalidade da situação, a sociedade, seus conceitos atuais e seus anseios, uma vez que o Direito cuida do ser humano, ser que vive em transformação. Nenhum caso é igual ao outro merecendo cada um ser analisados de forma individual.

Cabe ainda mostrar que o poder de “escolha” fornecido ao homem é o que traz esse para a felicidade, é o que possibilita a ele alcançar seus objetivos, ter desejos. Não cabe, portanto, considerar como válida uma decisão que não beneficia a sociedade e não tem como finalidade promover a paz nela.

3.1 – Os Direitos Fundamentais e seus Limites Constitucionais

Qualquer ação ou omissão por parte do Poder Público (Legislativo, Executivo ou Judiciário), que “afete um direito fundamental, seja reduzindo, eliminando ou dificultando, o acesso ao bem por ele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental, bem como enfraquecendo deveres e obrigações em sentido lato, que da necessidade de sua garantia e promoção resultam para o Estado”¹⁴², configura uma forma de limitar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira.

Ao tratar de direitos, liberdades e garantias constitucionais, deve-se distinguir as restrições dos limites ao exercício de um direito. Nesse sentido, Jorge Miranda afirma que “as restrições envolvem a amputação ou compressão das faculdades compreendidas em determinado direito, decorrentes de previsões específicas. Já os limites dizem respeito ao modo de se exteriorizar a prática de um direito, decorrente de razões ou

¹⁴² NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 157.

condições de caráter geral, o qual pode desembocar em condicionamentos, ou seja, no estabelecimento de requisitos para o seu exercício”¹⁴³.

Dessa forma, entende-se que se possui um direito e que este não encontra limites é necessária regulamentação quanto aos termos específicos para o efetivo preenchimento e desenvolvimento legislativo do direito, seja ele total ou parcial¹⁴⁴.

Existem algumas teorias para a solução da “limitação aos direitos fundamentais”, entretanto, a mais adequada à situação proposta neste trabalho seria a de estabelecer um procedimento que equilibre a “argumentação e a fundamentação jurídica, de forma a justificar as restrições aos direitos fundamentais, no caso a metodologia da ponderação”¹⁴⁵.

Referida metodologia de ponderação se deve ao fato de os princípios serem normas genéricas, se distinguindo das demais normas que visam aplicação em casos específicos, sendo que exatamente por serem normas de sentido “genérico” elas devem ser analisadas visando uma melhor aplicação para a sociedade e não apenas o entendimento do que um julga ser melhor, sob o seu ponto de vista.

Admitir, por fim, que a qualificação de uma norma como regra ou princípio possa depender de vicissitudes históricas ou da vontade do constituinte, já que dela dependerá o reconhecimento de maior ou menor margem de restrição por parte dos poderes constituídos, leva a que se busque uma distinção fraca e gradual entre as duas realidades¹⁴⁶.

¹⁴³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 3a Edição, 2000, p. 329.

¹⁴⁴ cf. *Ibidem*.

¹⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 339-341.

¹⁴⁶ *ibidem*, p. 353.

Jorge Reis, portanto, declara que aceitar a vontade do constituinte acaba por configurar a um princípio uma distinção fraca, algo que futuramente resultará em outros problemas, já que os direitos fundamentais não podem ser considerados direitos definidos¹⁴⁷.

Sendo assim, os direitos fundamentais devem estar submetidos a “reserva geral imanente de ponderação”, pela qual “se busca compatibilizar, de um lado, a interpretação que os poderes constituídos fazem do interesse público e, de outro lado, as garantias decorrentes da liberdade individual”¹⁴⁸.

A “liberdade individual” está intimamente ligada a questão da dignidade da pessoa humana e quando observada essa ligação há que se buscar esclarecer a relação que as normas de direitos positivo interno de cada país com os direitos humanos, este último no âmbito internacional, constituindo, assim, um critério para a unificação dos direitos aos quais o homem sempre se reporta¹⁴⁹.

Neste sentido, pode-se citar que a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 4º afirma que “a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica os outros e, assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como limite apenas aqueles que garantem aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”¹⁵⁰.

Seria correto pensar que, no artigo citado, a Declaração buscou estabelecer limites quanto a prática de atos, dando a todos os mesmos direitos e liberdade, no entanto,

¹⁴⁷ cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 570.

¹⁴⁹ cf. Ibidem.

¹⁵⁰ Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – USP. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 20 ago. 2009.

regrando esta no sentido de não deixar com que os homens façam sempre o que desejam. Entende-se que é necessário que haja, na sociedade, responsabilidade pelos atos praticados, para não fazer ao outro aquilo que não deseja que seja feito em você mesmo¹⁵¹.

Além disso, a Declaração de Direitos Humanos da ONU, de 1948, em seu art. 29, § 2º atribui que “no exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”¹⁵².

A decisão do STF que suspendeu a aplicação da Resolução do CFM alegou que a norma constitucional de “vida” estaria sendo ignorada, no entanto o intérprete se esqueceu que junto com ele existem outros e que para serem exercidos em sua totalidade obedecer a regra da ponderação, conforme será demonstrado.

O doutrinador Jorge Miranda aponta que “qualquer restrição de direitos fundamentais feita por lei deve ter autorização, explícita ou implícita, na Constituição, mas jamais pode diminuir o alcance do conteúdo essencial de tais direitos”¹⁵³. Assim, para Miranda, a limitação de aplicação de um direito fundamental em detrimento de outro restringir o alcance dado a cada direito previsto.

É nesse sentido que observa-se o meio da “concordância prática” aplicada em concomitância com a “ponderação”, que busca alcançar um equilíbrio entre os princípios da Constituição. Pode-se reconhecer uma relação de “plus em relação à ponderação, ou seja,

¹⁵¹ cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

¹⁵² Ministério da Justiça. Disponível em <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 20 ago. 2009.

¹⁵³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV**. 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2008, p. 305-307.

não apenas se impõe esta última, de forma a se evitar que um dos bens tutelados juridicamente ou direitos em colisão seja sobreavaliado em detrimento da satisfação do outro, mas vai além, se determinando que seja alcançada a efetividade ótima possível entre eles”¹⁵⁴.

Ao olhar para uma situação de conflito entre os direitos fundamentais, deve-se, portanto, buscar a solução na sociedade como uma totalidade, composta de pessoas subjetivas e possuidoras de valores morais diferentes. Assim, a norma deve observar a sociedade em constante transformação. Situações novas estão sempre a surgir, exigindo uma análise mais detalhada de cada questão específica, exigindo que seja realizada ponderação entre os princípios previstos na Constituição Federal¹⁵⁵.

A possibilidade da prática da ortotanásia, portanto, não pode ser considerada pelo STF apenas no sentido de se preservar uma vida, afinal de contas, essa mesma “vida” já quase não existe mais, não há chances de melhora, então como pode-se colocar esse princípio superior ao da “liberdade de escolha”, ao da dignidade humana. Deve-se, portanto, fazer uma ponderação de princípios.

3.2 – A regulamentação da ortotanásia sob o ponto de vista da bioética

O princípio da dignidade humana, que é o princípio base do ordenamento nacional é também um dos princípios da bioética. Assim sendo, os princípios da bioética encontram-se amparados pela Lei Fundamental brasileira, ou seja, estão no ápice do ordenamento jurídico nacional¹⁵⁶.

No que se refere a paciente terminal, sob o ponto de vista jurídico, não existe definição. Entende-se que ela ocorre quando o médico, analisando o caso concreto

¹⁵⁴ CANOTILHO, J.J.GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1225

¹⁵⁵ cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV**. 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2008.

¹⁵⁶ cf. SPINSANTI, Sandro. **Ética biomédica**. São Paulo: Paulinas, 1990.

afirma não ser possível mais a cura. Para tanto, a exposição de motivos da Resolução do CFM define "a terminalidade da vida é uma condição diagnosticado pelo médico diante de um enfermo com doença grave e incurável"¹⁵⁷.

É nesse momento que surge, com maior clareza a busca pelo princípio da dignidade humana. Nele as questões mais discutidas são aquelas que incluem convicções morais e culturais que entram em conflito com outras e talvez esse seja o grande problema em se chegar a um acordo no que se refere a prática da ortotanásia.

Devido ao assunto não ter abrangência unicamente sob o ponto de vista da área jurídica, Graziela Ramalho Galdino Morais afirma que:

Do ordenamento jurídico e exercício da jurisdição, é esperado pela sociedade a disciplinarização de condutas morais e intervenção dura do “braço” estatal ao mesmo tempo que se clama por maior liberdade de decisão e atuação para os cidadãos, cientistas, paciente e médicos¹⁵⁸.

Assim sendo, a sociedade espera a liberdade ao mesmo tempo em que anseia por um cuidado maior do Estado. Referido cuidado, no que tange ao apresentado neste trabalho, não pode ser tratado apenas sob o ponto de vista de evitar que alguma coisa aconteça, mas permitir que ela possa acontecer uma vez demonstrada a vontade inequívoca do paciente¹⁵⁹.

Ademais, Silvana Castigone apresenta dois limites que o direito deve observar para legislar assuntos que tratam sob o ângulo da bioética:

¹⁵⁷ BRASÍLIA. RESOLUÇÃO CFM Nº 1805, DE 9.11.2006. DOU de 28.11.2006, seção I, p. 169. Exposição de Motivos.

¹⁵⁸ MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de. **Roe versus Wade: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estanhos morais**. Universitas/Jus/ Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Número 18 (Jan/Jun 2009). Brasília: UniCEUB, 2008 – semestral. p. 21

¹⁵⁹ cf. *Ibidem*.

O primeiro envolve quais atividades podem [ou devem] ser disciplinadas por lei e quais limites podem [ou devem] ser impostos. O segundo trata dos limites internos ao próprio ordenamento jurídico em questões de bioética como a inadequação de categorias e conceitos jurídicos e a necessidade [constante] de reformulá-los¹⁶⁰.

Portanto, o grande problema que fica evidenciado no meio jurídico, no que tange a regulamentação da prática da ortotanásia, é aquele que sustenta toda controvérsia moral, uma vez que, toda argumentação trazida quando o assunto envolve a bioética acaba por envolver conceitos morais por parte dos que a defendem ou dos que a rejeitam¹⁶¹.

São esses conceitos morais, presentes na sociedade como um todo, que torna tão complicado chegar a um consenso sobre o assunto de se permitir ou não a prática da ortotanásia.

Nesse sentido, Hengerlhardt afirma que a sociedade é composta por uma pluralidade de conceitos morais os quais podem ser divididos entre pessoas que são classificadas como estranhos morais e amigos morais. Segundo o autor:

Estranhos morais são pessoas que não compartilham premissas ou regras morais de evidência e interferência suficientes para resolver as controvérsias morais por meio de uma sadia argumentação racional, ou que não tem um compromisso comum com os indivíduos ou instituições dotadas de autoridade para resolvê-las. [...] Amigos morais são aqueles que compartilham uma moralidade essencial, de maneira que podem resolver as controvérsias morais por meio de um argumento moral sadio recorrendo a uma autoridade com reconhecida jurisdição¹⁶².

Portanto, para ser considerado um “amigo morais” é necessário que procure resolver as controvérsias, por meio de argumentação ou uma discussão sadia e não tendo

¹⁶⁰ CASTIGONE, Silvana. Ob. Cit. Ibidem. p. 21

¹⁶¹ Cf. Ibidem.

¹⁶² HENGELHARDT, H. Tristram Jr. **Fundamentos da bioética**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 32.

como fundamento imposições de vontade¹⁶³.

Leonard M. Martin é um doutrinador que foi capaz de colocar esse modelo em prática, combinando o conceito que se entende por “saúde” aos pacientes terminais. Para ele “dentro da perspectiva estritamente curativa da medicina é impossível falar em cura de doentes terminais, mas se entendermos saúde como ‘estado de bem estar’ passa a haver sentido no falar em saúde de pacientes terminais, pois o compromisso, nessa situação, mudaria seu foco principal da cura da doença para o cuidado com o bem estar do doente e de sua família no contexto da terminalidade”¹⁶⁴.

Os CFMs costumam adotar esse entendimento na prática. Um exemplo disso é o caso registrado em relatório de grupo que se reuniu sob o patrocínio do CREMESP: "Teria [a ação médica nos casos terminais] a finalidade precípua de prestar os cuidados em vez de insistir na cura do paciente. Ou seja, tentar dar atenção à pessoa que está nesse estado e não à doença que a pessoa carrega consigo"¹⁶⁵.

Portanto, para os profissionais de saúde, os pacientes terminais devem ter o mesmo tratamento digno que os demais pacientes e não ter que forçá-los a algo que não resultaria em cura¹⁶⁶.

Verifica-se assim, que apesar de existir um sentimento pacífico dentro da sociedade médica que é de fazer todo o possível para cuidar do paciente, isso não significaria seguir o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal alega de que a vida é um bem jurídico tutelado por ele, totalmente indisponível, devendo submeter o paciente aos mais

¹⁶³ cf. HENGELHARDT, H. Tristam Jr. **Fundamentos da bioética**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 32.

¹⁶⁴ MARTIN LM. Eutanásia e Distanásia. In COSTA SIF, GARRAFA V, OSELKA G. **Iniciação à Bioética**. Conselho Federal de Medicina. Brasília: 1998, p. 171-192.

¹⁶⁵ Cadernos de Bioética do CREMESP. **Relatório da Oficina de São Paulo**. CREMESP. 2005. p. 11.

¹⁶⁶ cf. SPINSANTI, Sandro. **Ética biomédica**. São Paulo: Paulinas, 1990.

dolorosos meios buscando melhora, mesmo sabendo que não existe possibilidade de havê-la.

Têm-se, portanto, dois pontos de vista diferentes e que abrangem conceitos de ética diversos, procurando uma razão para a aplicação ou da ortotanásia na sociedade.

O choque existente nesses dois pontos de vista se baseiam em conceitos morais diferentes. A questão, no entanto, é que as pessoas, por terem bases morais diversas tem entendimentos diversos e sendo assim, elas tem o direito de escolher e de mostrar aquilo que pensam.

Ser um “amigo moral”, portanto, é conseguir uma análise pacífica daquilo que se tornou conflituoso. Chegando ao entendimento que poderá ser aplicado na sociedade favorecendo-a.

Observa-se, portanto, que o princípio da bioética correspondente a “dignidade da pessoa humana” deve ser preservado e seu alcance não deve ultrapassar o limite do respeito à vida humana. Não apenas considerando vida no sentido estrito da palavra, mas no sentido geral inclusive o de “morte digna”.

3.3– Análise da ortotanásia no Brasil e em outros países

Nos Estados Unidos existe o chamado “testamento vital”, Juana Teresa divide esse documento em duas partes, uma faz referência a prática da “obstinação terapêutica e da eutanásia passiva, ou seja, que disponha sobre a proibição de iniciar ou o dever de interromper procedimentos médicos que apenas sirvam para manter a pessoa artificialmente viva” e a outra parte é composto pelos pedidos da pessoa, ou seja, o que ela solicita que seja

feito no caso de não poder manifestar sua vontade: “o uso dos meios mais apropriados para evitar a dor, ainda que isso propicie uma aceleração da morte (eutanásia indireta)”¹⁶⁷.

Referido “testamento vital” se trata de “estatuto legal e concede imunidade civil e criminal aos profissionais de saúde que respeitem o testamento de vida”. Ele ganhou força de lei em 1976, na Califórnia, com a edição do Natural Death Act. E só em 1991, o Congresso Norte Americano ampliou os efeitos para todo o território dos Estados Unidos da América, o que resultou no reconhecimento dele pela justiça¹⁶⁸.

Apesar de o testamento ter característica legal, ele pode ser revogado, devendo ser respeitada sempre a última manifestação de vontade do doente, mesmo que sem as formalidades apresentadas no mesmo. Por se tratar de um meio que deve ser formado minuciosamente, chegando às vezes ser muito complexo, as pessoas tem procurado nomear representantes com poderes para decidir questões relacionadas à sua saúde, sem que o instituto exclua o outro¹⁶⁹.

Outra forma legal que permitiu a prática da eutanásia nos Estados Unidos foi o ocorrido no caso de Nancy “que a juíza O’Connor, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, abordou a possibilidade de nomear um procurador de saúde”. Posteriormente a esse caso houve a promulgação da “lei da procuração da saúde”, que autoriza esse tipo de delegação de poder¹⁷⁰.

¹⁶⁷ BETANCOR, Juana Teresa. **Eguzkilore : cuaderno del Instituto Vasco de Criminología** – El Testamento Vital. 9º fac. San Sebastian: 1995, p. 105.

¹⁶⁸ FERREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. Coimbra, São Paulo: 2004, p. 242.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 241.

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. 1ª ed. Martins Fontes. Santos/SP: 2006, p. 212

Nesse caso, a Juíza O'Connor acabou por alterar a concepção na sociedade dos Estados Unidos de que deveria se prever e colocar em um papel como gostaria de ser tratado quando não pudesse expressar a sua vontade, podendo dar a outra pessoa o poder de tomar a decisão sobre a sua vida caso surgisse um imprevisto.

A Europa, entretanto, possui diversas formas de entendimento sobre o assunto, dentre elas pode-se destacar as seguintes:

- PAÍSES QUE LEGALIZARAM A EUTANÁSIA

No dia 1º de abril de 2002, a Holanda se torna o primeiro país do mundo a legalizar a eutanásia. A lei exige o médico de processos legais se forem respeitados "critérios com minuciosidade".

A Bélgica fez o mesmo em setembro de 2002.

No dia 18 de dezembro de 2008, os deputados luxemburgueses se pronunciaram a favor de regularizar a eutanásia, em caso de situação médica "sem solução", com exceção de menores de idade. A validação do texto, ao qual se opõe o Grão-duque Henrique, pode ainda levar algum tempo, já que a lei que reduz os poderes do chefe de Estado ainda não entrou em vigor.

- PAÍSES QUE PROÍBEM A EUTANÁSIA, MAS PERMITEM QUE MÉDICOS "AJUDEM A MORRER"

Na Itália, a eutanásia é proibida, mas a Constituição reconhece o direito a rejeitar cuidados médicos.

Na França, a Lei Leonetti, de 22 de abril de 2005, instaurou o direito a "deixar morrer", sem permitir aos médicos que pratiquem a eutanásia.

Na Suíça, um médico pode administrar a um doente terminal que deseje morrer uma dose letal de um medicamento, que o próprio paciente deve tomar.

Na Grã-Bretanha, a eutanásia é proibida. Desde 2002, no entanto, a justiça autoriza a interrupção de tratamentos médicos em alguns casos.

Na Alemanha e na Áustria, a eutanásia passiva (desligar os aparelhos, por exemplo) não é ilegal, contanto que seja consentida pelo paciente.

Na Espanha, a eutanásia não é autorizada, mas a lei reconhece o direito dos pacientes a rejeitar cuidados médicos. Após estudar a legalização do suicídio assistido, o governo anunciou em janeiro que não pretende legislar sobre esta questão durante a atual legislatura.

Em Portugal, a eutanásia e o suicídio assistido são considerados pelo código penal como homicídio. Segundo o novo código deontológico dos médicos, adotado em janeiro, "a utilização de meios extraordinários para manter a vida" pode ser interrompida em caso de morte cerebral ou a pedido do doente, mas em hipótese alguma a hidratação e a alimentação do paciente podem ser suspensas.

Na Noruega, um médico pode decidir não tratar um paciente terminal a pedido do próprio, ou, se o doente não pode se comunicar, a pedido de seus familiares.

Na Dinamarca, desde 1992, é possível fazer um "testamento vital", que os médicos devem respeitar.

Na Suécia, é autorizada a assistência médica ao suicídio.

Na Hungria e na República Tcheca, doentes terminais podem rejeitar seus tratamentos.

Na Eslováquia, embora a eutanásia e o suicídio assistido sejam inaceitáveis, o médico pode "atenuar a dor dos pacientes incuráveis e terminais (...) e respeitar os desejos do paciente de acordo com a legislação".

- PAÍSES ONDE EUTANÁSIA E ASSISTÊNCIA AO SUICÍDIO SÃO PROIBIDAS

Na Grécia e na Romênia, a eutanásia e a assistência ao suicídio podem ser punidas com até sete anos de prisão.

Bósnia, Croácia e Sérvia consideram as duas práticas como homicídio.

Na Polônia, ambas são punidas com penas entre três e cinco anos de prisão, embora o tribunal possa aplicar um atenuante à sentença em "casos excepcionais", ou mesmo anular a condenação.

Na Irlanda, a eutanásia como tal não aparece na lei, mas toda forma de assistência à morte e ao suicídio é ilegal e condenável com até 14 anos de prisão¹⁷¹.

Com relação aos países citados pode-se perceber que a Europa foi o continente que mais avançou na discussão sobre a legalização ou não da prática da eutanásia.

No entanto, é provável que o primeiro País a legislar sobre o assunto seja o Uruguai.

Em 1º de agosto de 1934, quando entrou em vigor atual Código Penal uruguaio, foi caracterizado o "homicídio piedoso", no artigo 37 do capítulo III, que aborda a questão das causas de impunidade.

¹⁷¹ PRESSE, France. **Legislações e Prática da Eutanásia na Europa**. Disponível em <<http://www.abril.com.br/noticias/mundo/legislacoes-pratica-eutanasia-europa-264875.shtml>>. Acesso em 22 jul. 2009.

De acordo com a legislação uruguaia, é facultado ao juiz a exoneração do castigo a quem realizou este tipo de procedimento, desde que preencha três condições básicas:

ter antecedentes honráveis;

ser realizado por motivo piedoso, e

a vítima ter feito reiteradas súplicas.

A proposta uruguaia, elaborada em 1933, é muito semelhante a utilizado na Holanda, a partir de 1993. Em ambos os casos, não há uma autorização para a realização da eutanásia, mas sim uma possibilidade do indivíduo que for o agente do procedimento ficar impune, desde que cumpridas as condições básicas estabelecidas. Esta legislação foi baseada na doutrina estabelecida pelo penalista espanhol Jiménez de Asúa.

Vale destacar que, de acordo com o artigo 315 deste mesmo Código, isto não se aplica ao suicídio assistido, isto é quando uma pessoa auxilia outra a se suicidar. Nesta situação há a caracterização de um delito, sem a possibilidade de perdão judicial¹⁷².

Veja-se que a norma uruguaia admite a completa isenção de punição, diferentemente da brasileira. É de notar também que a norma uruguaia acaba assumindo, em função de sua “liberalidade” um caráter permissivo, ou seja, praticamente autorizador da prática, dentro das condições contidas no texto, circunstância que nos leva a registrar que tal “faculdade” não é sequer posta aos médicos, mas a todos os integrantes da sociedade¹⁷³.

Referida norma permite a morte por piedade em todos os casos, ou seja, mesmo uma pessoa sem conhecimentos sobre a doença, se tem ou não tratamento, vendo a dor de outra pessoa, e a pedido dela, pode retirar-lhe a vida¹⁷⁴.

No Brasil, entretanto, é importante notar que o texto legal não discrimina formas de agir específicas e tampouco leva em conta os conceitos por nós expostos nos textos

¹⁷² GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia-Uruguaí**. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanuru.htm>>. Acesso em 25 jul. 2009.

¹⁷³ SÁ MFF. **Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 20. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000100013>. Acesso em 26 jul. 2009.

¹⁷⁴ cf. *Ibidem*.

anteriores (eutanásia, ortotanásia e/ou suspensão de medidas específicas em casos terminais de doenças incuráveis, terminalidade da vida, excesso ou obstinação terapêutica, etc.). Em outras palavras, em tese, qualquer conduta que implique em não tomar medidas que mantenham a pessoa viva, pode ser enquadrada na hipótese do § 1º do art. 121, estando o médico, portanto, sujeito às consequências da norma.

Considerando que a lei é criada e modificada seguindo padrões contemporâneos de conceitos morais e sociais, pode-se concluir que os entendimentos jurisprudenciais seguem a mesma linha, divergindo seus entendimentos de acordo com o momento histórico vivido em cada sociedade.

Sendo assim, é esperável que a jurisprudência se mova no sentido de admitir formas e condutas que evitem o prolongamento artificial da vida, tal como foi discutindo até aqui e que certamente o fará levando em conta os diversos conceitos que envolvam doenças sem tratamento possível.

Resta provado, portanto, que a Resolução CFM 1805/2006 será de grande passo para a sociedade atual e futura e não um meio de dar aos médicos poderes, mas sim de dar aos pacientes o que já é garantido pela Constituição Federal Brasileira, a liberdade.

CONCLUSÃO

É necessário que o ser humano tenha direito a uma vida digna, tendo acesso a saúde e nela poder optar em não admitir que seja praticado em seu corpo “métodos evasivos”, que em determinadas circunstâncias não trarão efeito algum para a mudança de seu estado clínico, não havendo mais a possibilidade de restabelecer a saúde do doente em estado terminal. Aceitar a aplicação desses “métodos evasivos” significaria provocar apenas a “distanásia”, o que contraria a idéia tida como “morte ou vida digna”.

Foi no intuito de promover um melhor aparato para os médicos, que se encontram diante dessas situações todos os dias que o CFM editou a Resolução nº 1805/2006, a fim de buscar uma maior “humanização no tratamento” deste doente que não tem mais condições de cura e que merece morrer da melhor forma possível.

No entanto, o STF não admitiu que a Resolução ficasse vigente, alegando que o direito a vida é um “bem indisponível”. Entretanto, esqueceu ele que a manutenção de uma vida cheia de dor, sendo forçada a se colocar para as mais brutas formas de prolongamento de “vida” não deve ser o que ninguém deseja. As pessoas lutam todos os dias para que possam ter uma melhor “qualidade de vida” e não, serem obrigada pelo Estado a ficar no hospital se martirizando.

Os membros do STF não conseguiram compreender que a Resolução era apenas uma forma de poder dar escolha ao paciente (fato é que essa escolha o paciente já

possui em outras condições) de continuar ou não um tratamento, não de dar poder ao médico de dizer que não vai mais cuidar do doente.

Este trabalho procurou mostrar que o médico é um profissional que deve cuidar das pessoas doentes com todas as formas possíveis de tratamento, mas também devem considerar a humanidade do tratamento. Nenhum desses profissionais simplesmente poderão chegar aos pacientes e mandá-los para casa sem dar-lhes assistência, eles devem sim esclarecê-los de todas as formas disponíveis de tratamento e dentre elas quais são as melhores para ele, quais são consideradas mais evasivas e procurar manter a “vida” deste a melhor possível, não apenas em doenças que há chance de cura, mas nas que não há também.

A intenção do CFM, portanto, foi apenas regular uma prática que acontece diariamente nos hospitais, afinal, nenhuma pessoa é obrigada a encarar um tratamento se ela não quiser e nem muito menos aceitar como único e absoluto o ponto de vista de um profissional, podendo procurar outros para saber opiniões quanto ao seu “quadro clínico”.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, age como se pudesse escolher e agir pelas pessoas da sociedade sem ao menos procurar entender o motivo que levou determinada pessoa escolher não continuar com o tratamento a que está submetido. Ora, é certo dizer que manter essa pessoa em qualquer local, contra a sua vontade, é crime estabelecido no Código Penal brasileiro e nesse caso seria dizer que o próprio Estado permite a prática dele.

É certo que não é possível dizer, com certeza, que a decisão de pacientes acometidos de doenças incuráveis em não continuar um tratamento seja a vontade de todos eles, mas o que procurou-se mostrar aqui foi que é possível dar o direito a este de escolher se quer ou não continuar com ele, como comprovado pela Lei nº 10.241/99 vigente no Estado

de São Paulo, sancionada pelo governador Mário Covas, que sofria de doença incurável, que o fez para poder escolher morrer em casa, com a família, não em uma UTI, dentro de um hospital.

Como pode o STF dizer ser mais digno para o homem ser condenado a ficar preso a aparelhos em uma UTI dentro de um hospital? Onde estará a liberdade prevista constitucionalmente? Onde estará o respeito à vida do próximo?

O respeito pela vontade do paciente terminal de ficar em casa com a família deveria ser respeitada, observando os aspectos da sociedade de moral, e para se evitar problemas quanto a demonstração da vontade poderia o STF exigir que um membro do Ministério Público estivesse presente no ato da decisão que deveria ser esclarecida por uma conversa médica clara e certa, acompanhada pelos familiares, pela comissão de ética permanente do hospital.

A liberdade de escolha, nesse caso, consistem em poder pleitear o respeito pela vida e à vida humana e sua dignidade, a dignidade de viver com qualidade até os seus últimos momentos.

A Resolução CFM N° 1.805/2006, portanto, pode ser considerada uma vitória, já que aceita que a vida tem limites e esse limite é a morte. Trata-se, enfim, de uma decorrência inevitável do princípio da dignidade humana permitir que cada um escolha o modo como deve passar seus momentos finais.

Além disso, o homem passará a ser visto como um sujeito de direitos, em que haverá o respeito pela dignidade da pessoa humana, em que o ideal de justiça para com a vida humana serão mais importantes do que qualquer política de poder.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leo da Silva. Eutanásia. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Maio, Ano III, nº 29, 1999.

Atiara Conhecimento. SHVOONG – resumos e revisões curtas. **Direito Civil – capacidade e personalidade**. Disponível em <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1778604-direito-civil-capacidade-personalidade/>>. Acesso em 22 jul. 2009.

BETANCOR, Juana Teresa. **Eguzkilore : cuaderno del Instituto Vasco de Criminología – El Testamento Vital**. 9º fac. San Sebastian: 1995.

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – USP. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 20 ago. 2009.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004.

BIZZATO, José Idelfonso. **Eutanásia e Responsabilidade Médica**. Porto Alegre: Sagra, 1990.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de Morrer Dignamente: Eutanásia, Ortotanásia. Consentimento Informado. Testemunho Vital, Análise Constitucional e Penal e Direito Comparado**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito – Ciência da Vida e Novos Desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASÍLIA. RESOLUÇÃO CFM Nº 1805, DE 9.11.2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. DOU de 28.11.2006, seção I, p. 169.

BRITO, Antonio José dos Santos Lopes de, e RIJO, José Manoel Subtil Lopes. **Estudos Jurídicos da Eutanásia em Portugal: Direito Sobre a Vida e o Direito de Morrer**. Coimbra: Almedina, 2000.

Cadernos de Bioética do CREMESP. **Relatório da Oficina de São Paulo**. CREMESP. 2005. p. 11.

CANOTILHO, J.J.GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRim, 2001.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El Derecho e La Bioética Ante Los Limites de la Vida Humana**. Madrid: Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S. A., 1994.

CASTIGONE, Silvana. **Roe versus Wade: uma perscectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estanhos morais**. Universitas/Jus/ Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Número 18 (Jan/Jun 2009). Brasília: UniCEUB, 2008 – semestral. p. 21

CESARIM, Selma Aparecida. Breves Considerações sobre a eutanásia e ortotanásia e o respeito do princípio da dignidade no momento da morte. **Anuário da Produção Acadêmica Docente**. vol. XII. n 2. Brasília, 2008.

COUTINHO, Léo Meyer. **Código de Ética Médica Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

DRANE, James e PESSINI, Leo. **Bioética, Medicina e Tecnologia – Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. 1ª ed. Santos: Martins Fontes, 2006, p. 212.

Exposição de motivos da Resolução CFM nº 1805/2006.

FARAH, Elias. **Ortotanásia – Longo tema e conflituoso debate**. Disponível em <www.academus.pro.br/professor/eliasfarah/Ortotanásia_Farah.doc> . Acesso em 20 mar. 2009.

FARIA, Osmard Andrade. **Eutanásia – A morte com Dignidade – Depoimentos**. Florianópolis: Editora UFSC, 1997.

FERREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. Coimbra, São Paulo: 2004, p. 242.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2004.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia-Uruguaí**. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanuru.htm>>. Acesso em 25 jul. 2009.

HENGELHARDT, H. Tristram Jr. **Fundamentos da bioética**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HORTA, M. P. **Paciente crônico, paciente terminal, eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer**. In ASSAD, J. E. (Coord). **Desafios Éticos**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1992.

JUNQUEIRA, André Luiz. **Prolongamento da Vida de Pacientes Terminais**. Clubjus, Brasília, DF, 26 dez. 2007. Disponível em <<http://www.clubjus.com.br/?artigo&ver=2.13057>>. Acesso em 15 mar. 2009.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso e RAMOS FILHO, Irineu. **Código de Processo Ético Profissional Médico comentado e anotado**. Porto Alegre: Sintese, 1999.

LOWN, Bernard. **A arte perdida de curar**. São Paulo: Editora Peirópolis, 1997.

MARTIN LM. Eutanásia e Distanásia. In COSTA SIF, GARRAFA V, OSELKA G. **Iniciação à Bioética**. Conselho Federal de Medicina. Brasília: 1998.

MENEZES, Evandro Corrêa de. **Direito de Matar**. 2. Ed. São Paulo: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1997.

Ministério da Justiça. Disponível em <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 20 ago. 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª Edição, 2000.

MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de. **Roe versus Wade: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estanhos morais**. Universitas/Jus/Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Número 18 (Jan/Jun 2009). Brasília: UniCEUB, 1998 – semestral. p. 21

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PESSINI, Leo. **Eutanásia – Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

PESSINI, Leo e BERTACHINI, Luciana. **Novas perspectivas em cuidados paliativos: ética, geriatria, gerontologia, comunicação e espiritualidade**. Disponível em <http://www.scamillo.edu.br/pdf/mundo_saude/32/03_Novas%20pers.ectivas%20cuida.pdf>. Acesso em 22 ago. 2009.

PRADO, Paulo de A. **Medicina Legal e Deontologia Médica**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Italiana, 1972.

PRESSE, France. **Legislações e Prática da Eutanásia na Europa**. Disponível em <<http://www.abril.com.br/noticias/mundo/legislacoes-pratica-eutanasia-europa-264875.shtml>>. Acesso em 22 jul. 2009.

RIO DE JANEIRO. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.246, de 8.1.1988. Dispõe sobre o Código de Ética Médica. DOU de 26.1.88.

SAMPAIO, Ana Cláudia Moreira. A terminalidade da vida: as representações da morte e do medo de morrer. **Ética Revista**, mar./abr., ano VI, n 2, 2008.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito – Ciência da Vida e Novos Desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de Órgãos e Eutanásia: Liberdade e Responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1992.

SINGER, Peter. **Vida Ética : os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SPINSANTI, Sandro. **Ética biomédica**. São Paulo: Paulinas, 1990.

SÁ MFF. **Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 20. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000100013>. Acesso em 26 jul. 2009.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial**. 1. ed. São Paulo: Editora Forence, 2005.

WENDT, Emerson. **Medicina Legal**. 20^a Ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1969.